

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**“BARRIGA DE ALUGUEL”:  
Aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-  
maternidade e à estabilidade gravídica**

**REBECA YAZEJI VIOLA**

**Rio de Janeiro  
2017/2º SEMESTRE**

**REBECA YAZEJI VIOLA**

**“BARRIGA DE ALUGUEL”:**

**Aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Rodrigo Carelli.

**Rio de Janeiro**

**2017/2º SEMESTRE**

Viola, Rebeca Yazeji.

Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica / Rebeca Yazeji Viola.  
-- Rio de Janeiro, 2017.

72 f.

V795b

Orientador: Rodrigo Carelli.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) –  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de  
Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Gestação por substituição. 2. Licença-maternidade. 3. Salário maternidade. 4. Estabilidade gravídica. I. CARELLI, Rodrigo, orientador. II. Título.

**REBECA YAZEJI VIOLA**

**“BARRIGA DE ALUGUEL”:**

**Aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Rodrigo Carelli.

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador:

---

Membro da Banca:

---

Membro da Banca:

**Rio de Janeiro**

**2017/2º SEMESTRE**

## **AGRADECIMENTOS**

Minha gratidão a todos aqueles que torceram por mim ao longo de todos esses anos.

Um agradecimento especial à minha família: à minha preciosa mãe, que dia após dia me ensina a ser minha melhor versão; aos meus avós, sem os quais não sou; aos meus padrinhos, grandes presentes da vida; à tia Dulce, meu anjo da guarda.

Aos meus queridos amigos, que me apoiaram e constantemente me lembraram que sou maior que meus empecilhos. São muitos os nomes, mas destaco minha gratidão em particular à Amanda, amiga dos tempos de recreios e lancheiras e dos tempos de trabalhos e vinhos. Obrigada por nunca ter soltado a minha mão.

Ao meu brilhante orientador, Professor Rodrigo Carelli. Um imenso “obrigada” por todos os ensinamentos, toda a compreensão e por toda a orientação – acadêmica e pessoal.

Por fim, obrigada à Faculdade Nacional de Direito. Carregarei estes anos com carinho na memória e coração.

## RESUMO

A técnica de reprodução assistida da gestação por substituição, popularmente conhecida no Brasil como “barriga de aluguel”, vem apresentando crescente procura ao longo dos últimos anos em todo o mundo, representando uma forma de concretização do plano parental de pessoas que possuem obstáculos reprodutivos. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não possui regulamentação satisfatória acerca do tema, de forma que diversas situações dele decorrentes permanecem sem respaldo jurídico. Dentre estas situações, merece destaque a aplicação dos institutos protetivos da licença-maternidade, salário-maternidade e garantia de emprego da gestante no emprego aos sujeitos envolvidos na prática da gestação por substituição, quais sejam, a mãe substituta –aquela que cede seu útero- e a mãe genética – aquela pretendente à maternidade.

**Palavras-chave:** Gestação por substituição; Barriga de aluguel; Licença-maternidade; Salário-maternidade; Estabilidade gravídica.

## ABSTRACT

Assisted reproductive technology (ART) in surrogacy procedure, popularly known in Brazil as "commercial surrogacy", has been presenting increasing demand throughout the last years all over the world, representing a way for people with reproductive obstacles to achieve a parental plan. However, the Brazilian legal system does not have satisfactory regulation on the subject, so that several situations arising from it remain without legal support. Among these situations, it is worth mentioning the application of the protective institutes of maternity leave, maternity salary and provisional stability of pregnant employee to the subjects involved in the practice of surrogacy, namely, the surrogate mother - the one who provides her uterus - and the genetic mother – the one pursuing motherhood.

**Keywords:** Surrogacy; Commercial surrogacy; Maternity leave; Maternity salary; Provisional stability of pregnant employee.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
1	<b>A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E GRAVIDEZ POR SUBSTITUIÇÃO...</b>	<b>11</b>
1.1	A REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	11
1.2	FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> : AUTOIMPLANTAÇÃO OVULAR VS. “BARRIGA DE ALUGUEL” .....	12
1.3	“BARRIGA DE ALUGUEL” E SUA IMPROPRIEDADE TERMINOLÓGICA.....	14
1.4	A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E OS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS ACERCA DA “BARRIGA DE ALUGUEL”.....	16
1.4.1	<i>Regulamentação da reprodução assistida</i> .....	16
1.4.2	<i>Regulamentação da gravidez por substituição</i> .....	21
2	<b>A LICENÇA-MATERNIDADE E O SALÁRIO-MATERNIDADE</b> .....	<b>24</b>
2.1	ASPECTOS GERAIS DA LICENÇA-MATERNIDADE E DO SALÁRIO-MATERNIDADE.....	24
2.2	A CONVENÇÃO INTERNACIONAL 103 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), DE 1952 E A LEI Nº 6.136, DE 1974.....	26
2.3	REGULAMENTAÇÃO E EXTENSÕES PROTETIVAS.....	28
2.3.1	<i>Da licença-maternidade</i> .....	29
2.3.2	<i>Do salário-maternidade</i> .....	33
3	<b>ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE</b> .....	<b>36</b>
3.1	BREVE DISTINÇÃO ENTRE ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO.....	36
3.2	ASPECTOS GERAIS DA GARANTIA DE EMPREGO E DA ESTABILIDADE DA GESTANTE.....	36
3.3	A CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ.....	39
3.4	A SÚMULA 244 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	41
3.5	ADOÇÃO E GUARDA JUDICIAL EM DECORRÊNCIA DE FALECIMENTO DA MÃE.....	44
4	<b>APLICAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE, SALÁRIO-MATERNIDADE E ESTABILIDADE GRAVÍDICA AOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA PRÁTICA DA GRAVIDEZ POR SUBSTITUIÇÃO</b>	<b>47</b>
4.1	A UTILIZAÇÃO DE ANALOGIAS PARA SUPRIR AS LACUNAS LEGISLATIVAS NO CASO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	48
4.2	APLICAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE E DO SALÁRIO-MATERNIDADE À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	49
4.3	APLICAÇÃO DA ESTABILIDADE GRAVÍDICA À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	56
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>63</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>66</b>



## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende questionar e analisar os institutos protetivos da licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória da gestante no emprego quando aplicados aos casos de maternidade por substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”.

A escolha do tema decorre dos ininterruptos avanços tecnológicos e da biomedicina, atrelados à crescente expansão das relações interpessoais que resultaram em mudanças relevantes no Direito, o qual veio a conceber novos arquétipos de composição familiar antes não previstas em lei, procurando estender a estes os mesmos direitos concedidos às configurações familiares tradicionais. Em face da dinamicidade das mudanças sociais vivenciadas, natural que o Direito não seja capaz de acompanhá-las em tempo real, de forma que lacunas legislativas tornam-se inevitáveis.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 e da instauração do Estado Democrático de Direito, todo o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser interpretado sob o prisma constitucional, devendo encontrar-se sempre em consonância com os princípios constitucionais consagrados pela Carta Magna, dentre os quais o basilar princípio da dignidade da pessoa humana.

O novo cenário introduzido pela Constituição de 1988 abriu espaço para que novas configurações familiares fossem surgindo resguardadas pelos mesmos direitos concedidos às configurações anteriores, tendo o afeto se tornado fator preponderante para legitimar a constituição dos novos modelos de entidades familiares. Contudo, o Direito depara-se constantemente com o desafio de acompanhar a velocidade do surgimento de novas realidades familiares. Tais dificuldades não se limitam ao Direito Civil, abarcando as questões mais evidentes envolvendo Direito de Família e Direito de Sucessões, mas atingem também outras áreas, como o Direito do Trabalho, conforme será explorado no presente trabalho.

Neste contexto, impulsionadas pelos avanços científicos, sociais e tecnológicos, as famílias brasileiras, tanto hetero quanto homoafetivas, vêm recorrendo aos mais variados métodos de concretizar a maternidade e a paternidade, especialmente nos casos em que estão presentes

obstáculos fisiológicos e morfológicos. Dentre estes métodos, será dado destaque à popularmente denominada “barriga de aluguel”.

A “barriga de aluguel” (cujos nomes mais técnicos são gestação/gravidez por substituição ou maternidade/útero de substituição e cessão temporária de útero) consiste em uma técnica de reprodução humana assistida, na qual há a participação de um terceiro, a mãe substituta ou “mãe de aluguel”, que aceita que seu em seu corpo se desenvolva a gestação para, posteriormente, dar à luz a um filho que será de outros e não seu. A atecnicidade da expressão “barriga de aluguel” reside no fato de que esta representa a modalidade onerosa da gestação por substituição, modalidade esta vedada em âmbito nacional. Contudo, apesar da impropriedade técnica, a expressão será encontrada ao longo do presente trabalho - inclusive no título -, utilizada entre aspas, referindo-se à técnica da gestação por substituição. O intuito deste uso será adaptar o leitor às nuances terminológicas aplicadas a esta técnica de reprodução assistida. Neste sentido, a expressão será mantida em virtude de ser popularmente consagrada e de fácil identificação pelas pessoas.

Haja vista a técnica da gestação por substituição, cujo índice de utilização vem crescendo ao longo dos anos, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, que vinham adaptados ao modelo tradicional-conservador brasileiro de família, constituído por uma figura feminina progenitora e uma figura masculina progenitora, encontram um desafio no que tange à regulamentação dos institutos da licença-maternidade, salário-maternidade e da estabilidade gravídica envolvendo as pessoas nesta relação: a mãe genética, pretendente à maternidade e a mãe substituta, a barriga solidária.

Isto posto, o objetivo da presente monografia consiste em examinar as soluções existentes no Direito para suprir as lacunas legislativas atinentes à aplicação dos institutos protetivos trabalhistas e previdenciários da licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade gravídica aos casos de maternidade por substituição, mais conhecida como “barriga de aluguel”.

O escopo do presente trabalho restringe-se à análise do caso específico de casais heterossexuais acometidos por problemas de infertilidade e que pretendem recorrer à reprodução assistida para procriar com a utilização de seu próprio material genético.

Para tanto, inicialmente, será feita uma introdução aos institutos da licença-maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade provisória da gestante no emprego, de modo a abordar sua atual regulamentação, determinando os sujeitos por eles amparados. Em seguida, será feita uma exposição acerca da reprodução assistida e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. No que tange à exposição de técnicas de reprodução assistida, será dada ênfase à técnica da gestação por substituição realizada por meio da fertilização in vitro por heteroimplantação ovular.

Por fim, à luz das exposições realizadas, buscar-se-á examinar as formas por meio das quais o Direito Trabalhista e Previdenciário podem, diante da lacuna legislativa que acomete o tema da gestação por substituição, regulamentar a situação da mãe substituta e da mãe genética no que diz respeito à fruição da licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade provisória no emprego, utilizando-se de método paradigmático de justificação da aceitação da norma jurídica.

Nesse contexto, utilizando-se do método histórico e teleológico, mormente à doutrina voltada nesse sentido, será necessário o resgate histórico da evolução dos institutos para assim extrair a finalidade dos mesmos e viabilizar posterior interpretação extensiva analógica.

Para a evolução do tema, o trabalho se valerá de pesquisa bibliográfica e documental, estruturada no método indutivo, a fim de analisar a aplicação dos institutos protetivos da licença-maternidade, salário-maternidade e estabilidade gravídica aos casos de gestação por substituição, com estudo das obras de autores consagrados do direito trabalhista e previdenciário brasileiro. Ademais, a pesquisa foi realizada tendo como fundamento as bases de dados e portais institucionais pertencentes as áreas de Direito/Ciências Humanas. Para tal, consultaram-se as seguintes bases e portais: BDJUR, STF, TST, Scielo, Capes.

## 1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E GRAVIDEZ POR SUBSTITUIÇÃO

O capítulo visa realizar uma exposição acerca da reprodução assistida, com ênfase na prática da fertilização in vitro por heteroimplantação ovular, que traduz a prática da gestação por substituição (“barriga de aluguel”) na forma em que é abordada no presente trabalho.

### 1.1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Segundo Naves Silva,

O desejo de conceber um filho é próprio da natureza humana. Destarte, esse desejo pode ser ainda mais intenso se essa pessoa for acometida por uma esterilidade que parece incurável. Na psicologia, esse desejo está intimamente ligado a uma maneira de nos aproximarmos da imortalidade, como possibilidade de transmitirmos nossa herança genética para os descendentes.<sup>1</sup>

O avanço da ciência e da biomedicina em busca de soluções para problemas relacionados à infertilidade culminou no desenvolvimento dos chamados “métodos de reprodução assistida”, que abrangem todo e qualquer meio de procriação viabilizada ou facilitada pela interferência e manipulação médica.<sup>2</sup>

As variadas formas de reprodução humana divergentes da reprodução sexuada conduzem a debates em diversas searas, dentre as quais a médica, a sociológica e a ética e, principalmente, para os fins a que se destinam o presente trabalho, a jurídica, cabendo ao Direito o desafio de regulamentar as novas maneiras de configuração familiar e as relações que delas decorrem.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Guarulhos, SP, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011. p. 55. Disponível em:

<<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>2</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade: bioética. Rio de Janeiro, **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>3</sup> BUENO, Jose Geraldo Romanello; DELPUPO, Michely Vargas. Os novos paradigmas da reprodução assistida: a problemática da filiação na cessão temporária de útero. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z1gb219p/V7kaL65hIo52A669.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Nas palavras de Genival Veloso de França, professor titular de Medicina Legal da Universidade Federal da Paraíba e membro da Junta Diretiva a Sociedade Ibero-Americana de Direito Médico: “A reprodução assistida é um conjunto de operações que vai desde a introdução de gametas masculinos no aparelho genital feminino por meios diferentes da cópula carnal até as técnicas mais sofisticadas de fertilização *in vitro*.”<sup>4</sup>

## 1.2 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*: AUTOIMPLANTAÇÃO OVULAR VS. “BARRIGA DE ALUGUEL”

Dentre as diversas técnicas de reprodução assistida, aquela que se revela a mais relevante para o tema atinente à “barriga de aluguel” é a Fertilização *In Vitro*. No que diz respeito a esta técnica, igualmente relevante demonstrar a diferenciação entre Autoimplantação Ovular e a vulgarmente denominada “Barriga de Aluguel”.

A Fertilização *In Vitro* (FIV) é uma técnica de reprodução assistida na qual a fertilização, bem como o desenvolvimento inicial embrionário, ocorre fora do útero da pretendente à maternidade. Neste método, os embriões resultantes são, posteriormente, transferidos para o útero.

Fertilização *in vitro* (FIV), é uma técnica de reprodução assistida em que a fertilização e o desenvolvimento inicial dos embriões ocorrem fora do corpo e os embriões resultantes são transferidos habitualmente para o útero. Ela consiste, portanto,

[...] na retirada do óvulo do ovário hiperestimulado através de uma agulha guiada por ultrassonografia através do fundo de saco de Douglas (fundo da vagina), estando a mulher em posição ginecológica. Retirado o óvulo este será fecundado por apenas um espermatozoide que é escolhido entre aqueles com boa aparência e boa motilidade. Após a fecundação quando o embrião atinge cerca de 128 células este é transferido ao útero da mulher ou de outra, através de uma sonda via vaginal.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 312.

<sup>5</sup> BUENO, Jose Geraldo Romanello; DELPUPO, Michely Vargas. Os novos paradigmas da reprodução assistida: a problemática da filiação na cessão temporária de útero. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 214. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z1gb219p/V7kaL65hIo52A669.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Neste diapasão, é possível citar duas modalidades de fertilização *in vitro*: a autoimplantação ovular e a heteroimplantação ovular - a qual traduz a técnica denominada “barriga de aluguel”.

A “autoimplantação ovular” consiste no procedimento de fertilização *in vitro* no qual o óvulo da pretendente à maternidade é fertilizado com espermatozoides em laboratório, fora do útero e, após a fertilização, o referido óvulo é implantado no próprio útero da pretendente à maternidade.

Já nos casos de heteroimplantação ovular, após o ovo ter sido fecundado *in vitro*, este não será implantado na pretendente à maternidade, dona do material genético utilizado, mas sim em uma “mãe-suporte”, também denominada “mãe portadora” e “mãe hospedeira”, que será uma terceira pessoa que suportará a gestação e dará à luz ao feto gerado. Nesta situação, a qual recebe o nome de “gestação por substituição”, mais vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”, a mãe hospedeira não participa com seu material genético.

Diferentemente da Inseminação Artificial, que ocorre dentro do útero da pretendente à maternidade – “mãe genética” –, a Fertilização In Vitro (FIV) é uma técnica de reprodução assistida na qual a fertilização, bem como o desenvolvimento inicial embrionário, ocorre fora do útero da pretendente à maternidade. Neste método, os embriões resultantes são, posteriormente, transferidos para o útero.

Apesar de não estar compreendido no escopo do tema ora explorado pelo presente trabalho, uma vez que este se limita à análise do quadro de casais heterossexuais acometidos por problemas de infertilidade e que pretendem recorrer à reprodução assistida para procriar com a utilização de seu próprio material genético, interessante trazer à baila que a gestação por substituição não se limita à utilização da técnica de fertilização *in vitro*. Em caso de casais homoafetivos, principalmente, a gestação por substituição também pode ocorrer através da técnica denominada “inseminação artificial”.

A Inseminação Artificial consiste na manipulação dos gametas masculinos previamente colhidos, realizada em laboratório, visando sua introdução no útero, acarretando em uma fecundação realizada dentro do corpo da mulher. A Inseminação Artificial pode ser classificada como Inseminação Artificial Homóloga e Inseminação Artificial Heteróloga.

Nos casos em que os gametas utilizados para a fertilização pertencem ao próprio casal pretendente à paternidade, a inseminação denomina-se homóloga. Este tipo de inseminação é utilizado quando há hostilidade do muco cervical, oligospermia, retroejaculação, hipofertilidade, perturbações nas relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante.<sup>6</sup>

Já nos casos em que é necessário recorrer a material genético masculino (sêmen) de indivíduo não-pretendente à paternidade, a inseminação é denominada heteróloga. Esta técnica de inseminação artificial é recomendada em casos graves de esterilidade masculina irreversível por ausência completa de espermatozoides ou nos casos de insuficiência espermática.<sup>7</sup>

### 1.3 “BARRIGA DE ALUGUEL” E SUA IMPROPRIEDADE TERMINOLÓGICA

Conforme apontam Medeiros e Lima,

A maternidade sub-rogada ou substitutiva constitui-se na gestação, no útero de uma terceira pessoa, de um filho requerido por um indivíduo ou por um casal. Silva (2011) entende como uma gestação de substituição ou mãe substituta, o que significa ‘ato pelo qual uma mulher cede seu útero para a gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher desejosa ou fornecedora do material genético a condição de mãe’. Dantas (2015) subdivide esse tipo de maternidade em sub-rogada total (gestacional) ou parcial (genética). No primeiro, a mãe sub-rogada tem a função apenas de gestar, pois o material genético do(s) embrião(ões) implantado(s) provém inteiramente do casal requerente. Na sub-rogada parcial, uma parcela do material genético da criança gerada pertence à mãe de substituição, de forma que apenas os espermatozoides provenham do pai requerente e sejam injetados na futura gestante.<sup>8</sup>

Gestação por substituição, maternidade sub-rogada/substitutiva, cessão temporária do útero e “barriga de aluguel” são as mais comuns dentre as diversas terminologias, sendo todas sinônimos, para denominar a mesma prática, caracterizada pela cessão, por parte de uma

---

<sup>6</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 312.

<sup>7</sup> BUENO, Jose Geraldo Romanello; DELPUPO, Michely Vargas. Os novos paradigmas da reprodução assistida: a problemática da filiação na cessão temporária de útero. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z1gb219p/V7kaL65hIo52A669.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>8</sup> MEDEIROS, Robson Antão de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 24., 2015, Aracajú, SE. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 499. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8v11nww1/LHRz783RgcCG6E6j.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

mulher, de seu útero e corpo, para gestar e parir o filho que, geneticamente, pertence a outra, a quem o filho deverá ser entregue após o parto. Trata-se da técnica da heteroimplantação ovular da fertilização *in vitro* previamente explanada.

Todavia, imprescindível se faz abordar a impropriedade da terminologia “barriga de aluguel” para denominar a técnica de reprodução assistida através da fertilização *in vitro* por heteroimplantação ovular. Apesar de, ironicamente, ser a terminologia por meio da qual a técnica se tornou mais conhecida, a mesma é grosseiramente inapropriada em razão da utilização do vocábulo “aluguel”. Isto porque o termo sugere a prática do aluguel, negócio jurídico do direito civil através do qual “[...] uma das partes (locador) se obriga a ceder à outra (locatário), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa remuneração.”<sup>9</sup><sup>10</sup>

Apesar da prática da gestação por substituição ser admitida pelo Direito Brasileiro, a legislação vigente impõe que ocorra de forma gratuita, sendo completamente vedada contraprestação pecuniária em função de sua prática. Neste sentido, é possível deduzir que, na forma em que é concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro, o método da “barriga de aluguel” se aproxima muito mais expressivamente do instituto do direito civil “empréstimo” do que do “aluguel”.

Impende trazer à baila que a impropriedade ora suscitada aplica-se aos caso do Direito Brasileiro, mas não necessariamente será apropriada quando em relação a demais países. Isto ocorre porque em alguns países a cessão temporária de útero onerosa é prática assaz admitida, a exemplo de determinados estados norte-americanos, Grécia e Índia.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>10</sup> Este conceito é encontrado no artigo 565 do Código Civil. Pablo Stolze, acerca do tema, realiza uma consideração terminológica, lecionando que a expressão “aluguel” é empregada de duas formas cotidianamente: a primeira é para designar o contrato de locação propriamente dito e a segunda para designar um dos elementos do instituto da locação de coisas, que é o valor da retribuição ou preço. Informação retirada de: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: volume 4: tomo II: contratos em espécie. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 193.

<sup>11</sup> SILVA, Flávia Alessandra Neves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Guarulhos, SP, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011. p. 55. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>>. Acesso em: 25 out. 2017.



## 1.4 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E OS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS ACERCA DA “BARRIGA DE ALUGUEL”

Assim como a questão da gestação por substituição, onerosa ou gratuita, que varia de um ordenamento jurídico para outro, a situação da reprodução assistida e doação de gametas, gênero do qual a gravidez por substituição faz parte, também diverge a depender da legislação nacional analisada.

### 1.4.1 *Regulamentação da reprodução assistida*

Em âmbito nacional brasileiro, a reprodução assistida é admitida, contudo, com limites e restrições. Sua admissão encontra alicerce principalmente em valores e direitos constitucionais, que conduzem ao entendimento de que as práticas de reprodução assistida atreladas a um projeto parental configuram viés através do qual tais valores e direitos são concretizados no plano fático.

O direito ao planejamento familiar é tido como um direito subjetivo fundamental, tendo sido concebido pela Constituição Federal de 1988, bem como regulamentado pelo artigo 1565, §2º, do Código Civil de 2002:

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.<sup>12</sup>

E, ainda, pela Lei nº 9263/96, que regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

O artigo 9º da referida lei dispõe:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.<sup>14</sup>

Direito fundamental conexo é o de convivência familiar, previsto no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>15</sup>

Há também previsão da proteção à maternidade, no artigo 203, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.<sup>16</sup>

Ainda, relevante direito fundamental a ser mencionado atinente ao tema da reprodução assistida é o da liberdade, garantia prevista no artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].<sup>17</sup>

A Constituição Federal, entretanto, não consagra expressamente a prática da reprodução assistida, diferentemente do Código Civil, que, apesar de não a regulamentar, faz a ela insinuação em seu artigo 1597, tratando de presunção de paternidade:

---

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Não paginado. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>16</sup> Ibid. Não paginado.

<sup>17</sup> Ibid. Não paginado.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>18</sup>

Imperioso atentar que, ainda que haja todo um arcabouço valorativo proveniente da Constituição Federal para dar suporte à prática da reprodução assistida e ainda que seja feita alusão à mesma no Código Civil Brasileiro, não há propriamente uma legislação versando sobre o tema, constatando-se, pois, a existência de inegável lacuna legislativa.

Haja vista esta lacuna, coube ao Direito recorrer às resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) que abordam a temática. Cumpre destacar que as resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina são normas deontológicas<sup>19</sup>, ou seja, normas que vinculam exclusivamente os profissionais, a fim de orientar a prática da profissão. Não é a resolução, por conseguinte, um dispositivo jurídico.

Segundo Sarlet, “Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa”.<sup>20</sup>

Levando-se em consideração que o interesse maior no conteúdo das resoluções é regulamentar, dentro de um determinado órgão, fatos concretos, conclui-se que não é permitido a um órgão administrativo expedir atos com força e eficácia de lei - seu poder é restrito ao âmbito administrativo interno, não sendo de sua competência criar direitos nem

---

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>19</sup> Deontologia consiste no conjunto de deveres profissionais de uma categoria. Informação retirada de: DEONTOLOGIA. In: BORBA, Francisco (Org.). **Dicionário UNESP do português contemporâneo**. São Paulo: UNESP, 2005. p. 390.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

impor obrigações. Trata-se, portanto, de aplicabilidade individual, ao passo que as leis versam sobre direitos e garantias fundamentais, que possuem, ao contrário das resoluções, aplicabilidade coletiva.

Neste prisma, resta nítida a deficiência legislativa acerca da reprodução assistida, ao passo que se faz necessário utilizar normas do proceder médico que regem estes profissionais para delas extrair alguma regulamentação sobre o assunto.

Até 2015 vigorava a Resolução 2013/13 do CFM<sup>21</sup>, a qual adotava normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Em 2015, foi editada uma nova resolução que a revogou, a Resolução 2121/2015<sup>22</sup>, dispondo sobre o mesmo assunto.

A Resolução 2121/2015 traça restrições e vedações à utilização das técnicas de reprodução assistida.

Primeiramente, esta resolução estabelece que tais técnicas somente poderão ser empreendidas caso não representem risco grave para a saúde do paciente e/ou do possível descendente. Em razão disto, alguns limites são estabelecidos. Ademais, não é permitida a fecundação de oócitos<sup>23</sup> com outro fim senão a procriação humana, devendo os pacientes ser pessoas capazes. Permite-se o uso de técnicas de reprodução assistida a pessoas que não apresentam problemas de infertilidade, como solteiros e casais homoafetivos.

A doação de gametas ou embriões somente é permitida caso não seja realizada com fins comerciais ou lucrativos.

No que tange à idade, é adotada a regra geral de que o procedimento somente pode ser realizado quando a candidata à gestante tiver menos de 50 anos. Exceções médicas são admitidas quando viáveis, contudo, apenas após a assunção de riscos mediante um termo de

---

<sup>21</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013**. Brasília, DF, 2013. Não paginado. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>22</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121, de 16 de julho de 2015**. Brasília, DF, 2015. Não paginado. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>23</sup> “Os ovócitos ou oócitos, são células germinativas femininas ou células sexuais produzidas nos ovários dos animais. Resultam de um processo fisiológico denominado oogênese.” Informação retirada de: OÓCITOS. c2017. Não paginado. Disponível em: <<http://dicionarioportugues.org/pt/oocito>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

consentimento livre e esclarecido. Já em relação aos doadores de gametas, o limite de idade para os gametas masculinos é de até 50 anos e, para os gametas femininos, de até 35 anos.

Já atinente ao número de embriões implantados, este jamais poderá ser superior a quatro, variando a quantidade conforme a idade da gestante: no caso de mulheres com até 35 anos, o limite será de dois embriões e no caso de mulheres com idade entre 36 e 39 anos, o limite será de 3 embriões. Caso ocorra fecundação múltipla, é vedado qualquer procedimento objetivando redução embrionária.

A seleção genética é vedada, seja para a escolha do sexo da criança ou para a escolha de características biológicas. Somente se admite a seleção caso a intervenção seja capaz de prevenir doenças relacionadas ao sexo ou hereditárias.

É permitida a doação compartilhada de oócitos nos casos envolvendo mulher capaz de produzir óvulos e outra que não mais os produz, compartilhando ambas tanto os custos financeiros do procedimento quanto o material biológico.

Em todos os casos de doação de gametas ou embriões será resguardado o sigilo em relação à identidade dos envolvidos, doadores e receptores.

Em 10 de novembro de 2017, o Conselho Federal de Medicina publicou a atualização da resolução que trata dos procedimentos de reprodução assistida no país. A Resolução 2.168/2017 passou a permitir que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados possam recorrer a técnicas disponíveis de reprodução assistida, como o congelamento de gametas, embriões e tecidos germinativos. Também são beneficiados pacientes que, por conta de tratamentos ou desenvolvimento de doenças, poderão vir a ter um quadro de infertilidade.

A referida resolução, ainda, estendeu as possibilidades de cessão temporária do útero para familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente, além de ter reduzido de cinco para três anos no período mínimo para descarte de embriões, abriu a possibilidade de

doação voluntária de gametas para mulheres e enfatizou a importância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.<sup>24</sup>

#### 1.4.2 Regulamentação da gravidez por substituição

A inexistência de legislação para regular as técnicas de reprodução assistida é problema que atinge também a técnica da gravidez por substituição, uma vez que esta é uma das técnicas de reprodução assistida existentes. Desta feita, a gravidez de substituição não possui lei específica no Brasil, sequer para proibir ou permitir sua utilização.

A Resolução 2121/2015 do CFM<sup>25</sup> – que não é lei propriamente dita –, assim como previamente explicado, dispõe acerca da gravidez por substituição, dedicando um capítulo especialmente à referida técnica, o qual: “Sobre a gestação de substituição: doação temporária do útero”.

Este capítulo, dentre outras disposições, versa sobre as circunstâncias em que é permitido fazer uso da técnica da gravidez por substituição, restando estipulado que é necessária a existência de problema médico que impeça ou represente contra-indicação de gestação para a mãe genética, havendo uma ressalva para os casos de casais homoafetivos.

É necessário que a mãe substituta (a doadora temporária de útero) pertença à mesma família de um dos parceiros pretendentes à maternidade e paternidade, devendo este parentesco ser consanguíneo e de até 4º grau. Em outras palavras, é necessário que a mãe substituta seja parente consanguíneo até 4º grau de um dos parceiros, estando compreendidas neste rol a mãe (parente consanguíneo de 1º grau); as irmãs ou avós (parentes consanguíneos de 2º grau); tias (parentes consanguíneos de 3º grau); e primas (parentes consanguíneos de 4º grau). Esta exigência decorre do fato de que é comum haver arrependimento por parte da mãe substituta na hora da entrega do filho à mãe genética quando do nascimento da criança. Não havendo parentesco, o procedimento observado na cessão temporária de útero somente pode ser realizado mediante autorização do Conselho Federal de Medicina.

---

<sup>24</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Brasília, DF, 2017. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>25</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121, de 16 de julho de 2015**. Brasília, DF, 2015. Não paginado. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Há, ainda, imposição de exigências relacionadas aos aspectos formais da gravidez por substituição, com a apresentação de vasta documentação. Destaca-se dentre esta vasta documentação o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, o qual deve ser assinado pelos pretendentes à maternidade e paternidade e pela doadora do útero, devendo nele constar aspectos biopsicossociais, riscos oriundos da gestação e aspectos legais da filiação. Destaca-se também o Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora, no qual restará esclarecida a questão da filiação da criança a ser gerada, com a garantia do registro civil da mesma realizados pelos pretendentes ao projeto parental, devendo toda a documentação ser providenciada ao longo da gravidez. Neste diapasão, ressalta-se também, como igualmente importante, a necessidade de um Relatório Médico, com exames relativos ao perfil psicológico de todos os envolvidos, atestando sua capacidade clínica e emocional para o procedimento. Constatada a adequação dos envolvidos, os pacientes pretendentes ao projeto parental devem atender a uma série de exigências para a realização do procedimento, as quais incluem a garantia de tratamento e acompanhamento médico à mãe substituta ao longo de toda a gestação até o puerpério. Saliente-se que, no caso de a mãe substituta ser casada ou viver em união estável, imperiosa a aprovação de seu cônjuge ou companheiro.

No caso de descumprimento, por parte dos médicos, das disposições constantes na resolução do Conselho Federal de Medicina em comento, estes poderão ser responsabilizados administrativa, cível e penalmente, conforme cabível. Será punido também o médico que realizar o procedimento da gestação por substituição detendo conhecimento de seu caráter oneroso, se observado.

Não obstante a resolução ora abordada traçar algumas diretrizes capazes de elucidar acerca do que é ou não permitido no que diz respeito à gestação por substituição, bem como orientar acerca dos procedimentos a serem adotados, a mesma ainda se revela insuficiente para dispor sobre o assunto, tanto no âmbito da matéria quanto em relação ao seu alcance normativo, haja vista não ser propriamente uma legislação.

Numa tentativa de sanar este problema, diversos projetos de lei ora em tramitação no Congresso Nacional foram elaborados, tais como o primeiro deles, o PL nº 3.638/93. Além dele, pode-se citar os projetos de lei nº 2.855/97; nº 90/99 e substitutivos; nº 4.665/01; nº 1.135/03 (ao qual estão apensados outros 11 projetos); nº 2.061/03; nº 4.686/04; nº 4.889/05;

nº 5.624/05; entre outros. Todavia, até o presente momento não houve um posicionamento definitivo por parte do Congresso Nacional.

Com a publicação da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, no que diz respeito à gestação por substituição, foi estendida a possibilidade para familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente. Até a publicação desta resolução, de primeiro a quarto graus, somente poderiam participar do processo de gestação de substituição a mãe, a avó, a irmã, a tia e a prima. Com a mudança na regra, filha e sobrinha também podem ceder temporariamente seus úteros. Além disso, pessoas solteiras também passam a ter direito a recorrer a cessão temporária de útero.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Brasília, DF, 2017. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>



## 2 A LICENÇA-MATERNIDADE E O SALÁRIO-MATERNIDADE

### 2.1 ASPECTOS GERAIS DA LICENÇA-MATERNIDADE E DO SALÁRIO-MATERNIDADE

A licença-maternidade ou licença à gestante é um instituto protetivo do trabalho da mulher e da maternidade concebido pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 7º, XVIII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.<sup>27</sup>

No plano infraconstitucional, a licença-maternidade é prevista nos artigos 392 e 393 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>28</sup>:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

---

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1943. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

§ 5º (VETADO) (incluído pela Lei nº 10.421, de 2002) Trata-se, portanto, do direito social fundamental ao afastamento profissional em virtude do estado gravídico conferido às obreiras com carteira assinada, temporárias, terceirizadas, autônomas ou empregadas domésticas, que contribuem para a Previdência Social (INSS).

[...]

Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

A licença-maternidade almeja a proteção tanto da mulher trabalhadora, que encontra-se física e psicologicamente vulnerável ao longo da gravidez e no período pós-parto, quanto da maternidade, possibilitando à mãe o convívio com o filho nos primeiros momentos em que este elo é constituído, seja através do nascimento ou por meio de adoção.

O amparo à empregada mãe acima descrito é concretizado pelo Direito Trabalhista, diferente de como ocorre com o instituto protetivo do salário-maternidade, que também resguarda a maternidade, todavia, sendo regido pelo Direito Previdenciário.

Nas palavras de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior<sup>29</sup>:

Com o objetivo de oferecer um amparo econômico às seguradas que se tornam mães, possibilitando a dedicação exclusiva ao novo membro da família, o qual reclama cuidados especiais, foi criado o salário-maternidade. A maternidade é considerada como uma situação que merece amparo da previdência social, distinguindo-se da mera incapacidade laboral, pois a incapacidade para o trabalho não é um pressuposto necessário para a concessão da prestação.

Sérgio Pinto Martins<sup>30</sup>, em sua obra “Direito da seguridade social”, esclarece que “[...] são encontradas as denominações *licença à gestante* (art. 7º, XVIII, da Constituição), *licença-maternidade* e *salário-maternidade* [...]” para qualificar o salário-maternidade, informando que a Lei nº 8.213/91 usa a expressão “salário-maternidade”.

<sup>29</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**: Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 449.

<sup>30</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538. Grifo do autor.

O autor traça uma distinção entre tais termos, definindo “licença à gestante” ou “licença-maternidade” como o período de 120 (cento e vinte) dias propriamente dito durante o qual a obreira permanecerá afastada de seu trabalho em função de sua condição gravídica. Em paralelo, define o “salário-maternidade” como o pagamento pago pela Previdência Social (pelo Instituto Nacional do Seguro Social) à segurada gestante durante seu período de afastamento. Para o Sérgio Pinto Martins<sup>31</sup>, o que muda é o enfoque dado de um instituto para o outro: um diz respeito ao período de afastamento e o outro diz respeito ao pagamento efetuado pelo INSS.

A distinção retratada, na prática, torna-se muito sutil, a ponto de alguns autores utilizarem as expressões como sinônimos. Isto ocorre especialmente em virtude do advento da Lei nº 6.136, de 1974<sup>32</sup>, que consolidou o critério estabelecido pela Convenção Internacional 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>33</sup>, de 1952, determinando que não será o empregador o responsável por arcar com o custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega, passando este a ser encargo da Previdência Social.<sup>34</sup>

Deste modo, contemporaneamente, “licença-maternidade” e “salário-maternidade” são conceitos dependentes, intrínsecos um ao outro. Em virtude desta acepção, ao abordarmos aqui a “licença-maternidade”, estaremos, conseqüentemente, abordando também o “salário-maternidade” e vice-versa.

Impende destacar que o benefício previdenciário ora explorado não se trata de prestação de assistência social, uma vez que não está previsto no artigo 201 da Constituição.

## 2.2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL 103 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), DE 1952 E A LEI Nº 6.136, DE 1974

---

<sup>31</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538.

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974**. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1974. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C103: amparo à maternidade**: revista. Não paginado. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235193/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>34</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 1223.

No que tange ao afastamento da mulher empregada em razão da denominada “licença-maternidade”, imprescindível se faz abordar um diploma legal: a Convenção Internacional 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1952, também conhecida como “Convenção sobre o Amparo à Maternidade (Revista), 1952”. A referida Convenção, como o próprio nome indica, adotou diversas proposições relativas ao amparo à maternidade.

Acerca da licença-maternidade, dispôs a Convenção Internacional 103 da OIT de 1952, em seu artigo III, 1 e em seu artigo IV, 1:

Art. III — 1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

[...]

Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.<sup>35</sup>

Ademais, no que diz respeito ao dispositivo supracitado, o artigo IV, 8, da Convenção sobre o Amparo à Maternidade determina que sujeito sobre quem recai o encargo de pagar prestações em espécie para a empregada, bem como fornecer assistência médica, jamais deverá ser o empregador:

8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.<sup>36</sup>

Ocorre que, tal como leciona Maurício Godinho Delgado<sup>37</sup> em sua obra “Curso de direito do trabalho”, até a década de 1970, apesar de o Brasil ser país subscritor da Convenção (Decreto de Promulgação n. 58.820/1966)<sup>38</sup>, na prática, não conferia efetiva eficácia social aos critérios jurídicos por ela adotados, de forma que o empregador era quem arcava com o pagamento das verbas trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho quando do afastamento de sua obreira. Permanecia sendo aplicado, portanto, o artigo 392 da Consolidação das Leis

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C103**: amparo à maternidade: revista. Não paginado. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235193/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 1223.

<sup>38</sup> BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1966. Não paginado. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

Trabalhistas na forma de sua antiga redação<sup>39</sup>, anterior ao Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967: “Parágrafo único. A concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo.”

Foi somente com a Lei nº 6.136, de 1974, que o ônus do pagamento dos salários relativos ao período de afastamento da empregada gestante (“salário-maternidade”) deixaram de pertencer ao empregador e passaram a ser encargo da Previdência Social. Além de ter consolidado o salário-maternidade como uma verba de natureza previdenciária, a referida lei conferiu eficácia normativa à Convenção n. 103 da OIT, cujo critério veio a manter-se incorporado pelas leis previdenciárias brasileiras subsequentes. Houve, neste contexto, uma transição da natureza jurídica do período de afastamento maternidade o qual era, anteriormente, interrupção do contrato de trabalho. Atualmente, esta definição sobre debate doutrinário, contudo, a doutrina majoritária, conforme sustenta Maurício Godinho<sup>40</sup> – também adepto à esta maioria -, defende ainda tratar-se de interrupção contratual, mas com custos inerentes à figura interruptiva minorados, em benefício do empregador, pela União.

O advento desta lei, trouxe, ainda, uma importante mudança no âmbito social do trabalho. Anteriormente à sua vigência, conforme explanado, era o empregador quem arcava com o pagamento do salário-maternidade e, em decorrência disto, a contratação de mulheres era mais escassa, dado que elas representavam um ônus a mais para o empregador. A transferência do encargo para a Previdência Social representou um incentivo à inserção de mulheres no mercado de trabalho.<sup>41</sup>

### 2.3 REGULAMENTAÇÃO E EXTENSÕES PROTETIVAS

Com o caminhar dos anos, os institutos abordados passaram por ajustes e ampliações protetivas, como será estudado a seguir.

<sup>39</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>40</sup> Godinho, em nota de rodapé, aponta doutrinadores de destaque, como: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1997. p. 222; SÚSSEKIND, Arnaldo. **Instituições do direito do trabalho**: v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 482-483; ALVES, Ivan Dias Rodrigues; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Teoria e prática do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1995. p. 250. Informação retirada de: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 1226.

<sup>41</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538.

### 2.3.1 Da licença-maternidade

Conforme já aduzido, a licença-maternidade encontra-se regulamentada, na esfera infraconstitucional, nos artigos 392 e 393 da Consolidação das Leis do Trabalho. Cabe mencionar, ainda, o artigo 395, o qual trata da licença-maternidade em casos de aborto não criminoso:

Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.<sup>42</sup>

A Constituição Federal de 1988 ampliou o prazo da licença gestante, passando de 12 semanas (84 dias), a ser de 120 dias (cento e vinte) dias, conforme disposto no artigo 7º, XVIII. Em consonância com a Lei nº 8.213/91, estes 120 dias são distribuídos de maneira que a licença se inicia a partir de 28 dias antes do parto e perdura por, pelo menos, 92 dias subsequentes a ele, a depender da data estipulada em atestado médico:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.<sup>43</sup>

Deve a empregada, portanto, apresentar o atestado médico determinando o afastamento ao empregador e notificá-lo, para dar ciência acerca de sua gravidez.

Este mesmo direito é assegurado também pela Constituição Federal à categoria das empregadas domésticas e às servidoras públicas:

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013).

---

<sup>42</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

[...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).<sup>44</sup>

A extensão da licença-maternidade às empregadas domésticas, da qual trata a Constituição, também é regulamentada pelo artigo 25 da Lei Complementar nº 150, de 2015:

:

Art. 25. A empregada doméstica gestante tem direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, nos termos da Seção V do Capítulo III do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.<sup>45</sup>

Em um primeiro momento, os prazos de licença-maternidade nos casos de adoção ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção apresentavam diferenciação em virtude da idade da criança. A Lei 10.421/2002<sup>46</sup>, que acrescentou à CLT o artigo 392-A e à Lei nº 8.213/91 o artigo 71-A, estabelecia o prazo de 120 (cento e vinte) dias para casos envolvendo criança de até um ano de idade, 60 (sessenta) dias para casos envolvendo criança de um a quatro anos e 30 (trinta) dias para casos envolvendo criança de quatro a oito anos de idade.

Com o advento da Nova Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009), os parágrafos 1º a 3º do artigo 392-A da CLT foram revogados, fixando o artigo 8º da Nova Lei de Adoção o prazo da licença-maternidade de 120 dias para todos os casos de adoção, independentemente da idade da criança.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>45</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>46</sup> BRASIL. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002**. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>47</sup> BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada

Posteriormente, a Lei nº 12.873/2013 estendeu ainda mais o alcance protetivo da licença-maternidade:

As situações de afastamento por adoção ou guarda judicial ampliaram-se mais ainda pela recente Lei n. 12.873, de 24.10.2013. O novo diploma legal – alterando a CLT (novos textos da Consolidação: artigos 392-B e 392-C, além de art. 392-A, §5º) e também a Lei Previdenciária n. 8.213/91 (novos dispositivos: art. 71-A, §§ 1º e 2º; art. 71-B, §§ 1º, 2º e 3º; art. 71-C, todos da Lei n. 8.213/91) – estendeu a licença-maternidade a um dos adotantes ou guardiões da criança, trate-se de empregada ou, inclusive, de *empregado*. Também estipulou que, em caso de morte da genitora, assegura-se ‘ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto em caso de falecimento do filho ou de seu abandono’ (novo art. 392-B). Na mesma direção extensiva, que se aplica, ‘no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B *ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção*’.<sup>48</sup>

Ou seja, passou a fazer jus à licença maternidade a figura parental adotante ou guardiã da criança ainda que se tratando de pessoa de sexo masculino. Ainda, as pessoas do cônjuge, companheiro, empregado adotante e guardião da criança para fins de adoção, passaram a ser abrangidas pela licença-maternidade.

Em 2008, uma outra ampliação do instituto ocorreu: passou a ser conferido um acréscimo de 60 (sessenta) dias à licença-maternidade quando observada a aderência, por parte dos empregadores, ao Programa Empresa Cidadã.

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo:

I - será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove

---

pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>48</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 1224. Grifo do autor.



participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.<sup>49</sup>

O referido programa foi criado pelo mesmo diploma legal que instituiu o acréscimo de 60 dias, a Lei nº 11.770/2008. Esta mesma lei autorizou a instituição do Programa Empresa Cidadã pelas entidades da administração pública direta, indireta e fundacional:

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.<sup>50</sup>

Em troca da aderência ao programa, os empregadores recebem o incentivo fiscal disposto no artigo 5º da lei. Também são abrangidos pelo acréscimo de 60 dias os casos de licença para adoção ou obtenção de guarda judicial.

Apenas para fins elucidativos, merece a licença-paternidade uma breve observação, ainda que não seja este instituto o enfoque do tema ora discutido. A licença-maternidade difere-se da licença-paternidade, possuindo esta última previsão legal constitucional no artigo 7º, inciso XIX e parágrafo único, no artigo 39, parágrafo 3º, no artigo 42 e no inciso XXXIV do artigo 7º, todos da Constituição Federal. No plano infraconstitucional, o instituto da licença-paternidade é encontrado no artigo 473. Há, ainda, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), trazido com a Constituição Federal de 1988, regulando o assunto em seu artigo 10, §1º.<sup>51</sup>

A licença-paternidade, que abarca os empregados urbanos, rurais, domésticos, servidores públicos e militares e o trabalhador avulso, é um instituto consagrador de um direito social que permite à figura paterna afastar-se do trabalho em razão de se tornar pai. Contudo, apesar de assemelhar-se à licença maternidade, com ela não se confunde, tendo em vista o destinatário da regra ser exclusivamente a figura masculina.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>50</sup> Ibid. Não Paginado.

<sup>51</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

### 2.3.2 Do salário-maternidade

Ao longo do período em que durar a licença-maternidade, é assegurado à empregada inscrita na Previdência Social o chamado “salário-maternidade”, em assonância com os dispostos constitucionais acerca da licença-maternidade, que vedam o prejuízo do emprego e do salário da obreira gestante. O salário maternidade equivale monetariamente à última remuneração da segurada e propõe-se a suprir a renda da segurada ao longo de seu afastamento.

Segundo Barbosa Garcia,

Apesar do nome, o salário-maternidade apresenta natureza previdenciária. Cabe à empresa pagar o salário-maternidade, efetivando-se compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física ou jurídica que lhe preste serviço (art. 72, § 1º, da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 10.710/2003).<sup>52</sup>

A despeito do nome que lhe foi atribuído, o instituto denominado “salário-maternidade” não é, na verdade, salário. O instituto ora apresentado não possui natureza salarial ou remuneratória, se possuindo, na verdade, natureza previdenciária.

O benefício previdenciário aqui tratado é regulamentado pela Lei 8.213/1991, em seus artigos 71 a 73<sup>53</sup>, bem como pelo Decreto 3.048/1999<sup>54</sup>, em seus artigos 91 a 103.

De acordo com a exposição realizada acerca da Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, a qual foi ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 58.820/1996<sup>55</sup>, não cabe ao empregador arcar com o custo do pagamento do salário-maternidade.

---

<sup>52</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 332.

<sup>53</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>54</sup> BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>55</sup> BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1966. Disponível em:

Nesta seara, leciona Godinho:

Há duplo mecanismo de pagamento do salário-maternidade: ou se faz diretamente pelo INSS à segurada ou se faz por meio do próprio empregador, que, em consequência, realiza uma compensação contábil frente ao conjunto de recolhimentos previdenciários a serem efetivados no respectivo período.<sup>56</sup>

Godinho<sup>57</sup> explica que o pagamento realizado diretamente pelo INSS à segurada sempre se aplicou à categoria das empregadas domésticas, desde a inclusão das mesmas no sistema previdenciário, e perdura mesmo após o advento da Lei Complementar nº 150/2015. Ainda, relata que de novembro de 1999 até agosto de 2003, a mesma sistemática se aplicava a todas as demais trabalhadoras beneficiárias do salário-maternidade (empregadas e trabalhadoras avulsas).<sup>58</sup>

A partir de setembro de 2003, o pagamento efetuado diretamente pelo INSS passou a contemplar a empregada doméstica, a empregada avulsa e a empregada adotante de criança ou que obtiver sua guarda judicial para fins de adoção.<sup>59</sup> A situação dos adotantes ou guardiões da criança, esclarece Godinho, já era assim entendida desde a Lei nº 12.873/2013, de maneira que já se estabelecia que o salário-maternidade deveria ser pago diretamente pelo INSS, tratando-se de empregada ou, ainda, empregado.<sup>60</sup> Passou a contemplar também o cônjuge ou companheiro, em caso de morte da empregada, por todo o período ao qual esta teria direito à licença-maternidade ou pelo tempo restante, ressalvado o caso de falecimento do filho ou seu abandono, nos termos do artigo 392-B da CLT. Ainda, o salário-maternidade pago diretamente pelo INSS passou a alcançar, em consonância com o disposto no artigo 392-C da CLT, o empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

---

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>56</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 1225.

<sup>57</sup> Ibid. p. 1225.

<sup>58</sup> A Lei nº 9.876/99, de 26 de novembro de 1999, trouxe modificação à Lei nº 8.213/91 no tocante ao salário-maternidade, de forma que o artigo 29 da referida lei passou a conter a seguinte redação: “Art. 29. O salário-de-benefício consiste: “II para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e, h do inciso I do art. 18 na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.” Informação retirada de: TEIXEIRA, Maria Ferreira Maia. Revisão do art. 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Disponível em: <<https://oab-df.jusbrasil.com.br/noticias/100350064/artigo-revisao-do-art29-inciso-ii-da-lei-n-8213-91>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>59</sup> Alteração à Lei nº 8.213/91 incluída pela Lei nº 10.710, de 05 de agosto de 2003.

<sup>60</sup> A inclusão do empregado do sexo masculino ocorreu através do novo parágrafo 5º do artigo 392-A, da CLT.

Estes casos supra mencionados obedecem a primeira sistemática apontada por Godinho<sup>61</sup>, na qual o pagamento do salário-maternidade é pago diretamente pelo INSS, em conformidade com o artigo 71-A, §§ 1º e 2º, artigo 71-B, §§ 1º, 2º e 3º e artigo 71-C, da Lei Previdenciária nº 8.231/1991<sup>62</sup>, todos com a redação dada pela Lei nº 12.873/2013.

A segunda sistemática a qual se refere Godinho<sup>63</sup> diz respeito ao pagamento feito diretamente pelo empregador, “*que procede à compensação contábil pertinente*”. Nesta sistemática, ao contrário do que possa aparentar à primeira vista, não é o empregador que arca com o ônus do pagamento do salário-maternidade; isto seria uma violação à Lei nº 8231/91. Este critério, que retornou à prática previdenciário-trabalhista em 2003, vem sendo aplicado à ampla maioria das seguradas empregadas.

---

<sup>61</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 1225.

<sup>62</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

<sup>63</sup> DELGADO, p. 1225. Grifo nosso.

### 3 ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE

Estabilidade no emprego, em consonância com conceito traçado por Vólia Bonfim<sup>64</sup>, é um mecanismo atenuante do poder potestativo do empregador de despedir, sendo a estabilidade uma garantia conferida ao empregado de não ser dispensado, salvo se observadas, no caso concreto, as hipóteses previstas em lei ou no contrato de trabalho.

O presente capítulo visa realizar uma apresentação do instituto da estabilidade gravídica, ou seja, da estabilidade no emprego conferida à empregada em virtude de encontrar-se grávida, bem como pretende também traçar os aspectos mais relevantes ao tema deste trabalho.

#### 3.1 BREVE DISTINÇÃO ENTRE ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO

Insta trazer à baila uma sucinta distinção no que diz respeito aos institutos da estabilidade e da garantia de emprego. Apesar de congêneres, estes institutos não são sinônimos, haja vista que garantia é gênero do qual a estabilidade é espécie.

Explica-se: a estabilidade de emprego consiste na restrição ao direito potestativo do empregador a proceder com a dispensa do empregado, ao passo que a garantia de emprego abarca não somente a estabilidade, mas todos os mecanismos criados e utilizados com o propósito de reduzir o desemprego e viabilizar a inserção e manutenção do empregado no mercado de trabalho. Neste sentido, nas palavras de Vólia Bonfim, “[...] a garantia de emprego é um instituto político-social-econômico, enquanto a estabilidade é um instituto trabalhista.”<sup>65</sup> Afirma a autora que a garantia de emprego é uma política socioeconômica, à medida que a estabilidade é um direito do empregado.

#### 3.2 ASPECTOS GERAIS DA GARANTIA DE EMPREGO E DA ESTABILIDADE DA GESTANTE

---

<sup>64</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1111.

<sup>65</sup> Ibid.

Tal como leciona Sérgio Pinto Martins, “[...] a gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida”<sup>66</sup>. Dispõe a empregada gestante, portanto, uma garantia de emprego, uma vez que, tanto em seu estado gravídico quanto em seu estado puerperal, seria muito improvável que ela conseguisse outro emprego, em virtude de se encontrar vulnerável e fragilizada. Assim, neste período, tem a empregada o direito, dentre outros, a permanecer em seu emprego, na mesma função desempenhada anteriormente.

Kátia Liriam Pasquini Braiani, afirmou, acerca da estabilidade da empregada gestante:

A gravidez é uma fase que provoca profundas modificações na mulher. Modificações de ordem física e psicológica. No período gestacional a mulher fica mais sensível, mais vulnerável, sujeita a variações constantes de humor. Podem surgir nela dúvidas, medos, fantasias. Afinal, ela é diretamente responsável por uma nova vida. A situação é às vezes tão difícil que a mulher pode sofrer de depressão pós-parto, chegando mesmo a rejeitar o recém-nascido. Por outro lado, está comprovado que as situações vivenciadas pela gestante provocam interferências no nascituro, motivo pelo qual, quanto mais tranqüila a gestação, melhor para a criança. A saúde (física e mental) do futuro bebê está diretamente ligada à situação vivenciada pela mãe durante toda a gravidez. Assim, a estabilidade conferida à empregada gestante tem por objetivo proteger a maternidade, assegurando o bem-estar da futura mãe e, por consequência, do nascituro e do infante.<sup>67</sup>

Acerca do tema, temos o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que em seu artigo 10, inciso II, alínea b, dispõe que, até que seja promulgada lei complementar, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

---

<sup>66</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 645.

<sup>67</sup> BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 27, p. 167-177, 2005. p. 168. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A\\_Estabilidade\\_da\\_Empregada\\_Gestante.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A_Estabilidade_da_Empregada_Gestante.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2017.

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

§ 2º Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador.

§ 3º Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período.<sup>68</sup>

Esta garantia de emprego de 150 dias após o parto foi consolidada a partir de 5 de outubro de 1988, com o advento da nova Constituição da República Federativa do Brasil.

Percebe-se pela leitura do dispositivo legal supracitado que o legislador, contudo, não impôs qualquer óbice à demissão por justa causa. São circunstâncias em que a justa causa configura-se aquelas previstas no artigo 482 da CLT, a saber:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

---

<sup>68</sup> BRASIL. Congresso. Senado. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Art. 10. Não paginado. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988\\_08.09.2016/art\\_10\\_.asp](https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988_08.09.2016/art_10_.asp)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966).<sup>69</sup>

Desta feita, salvo as hipóteses em que configurada a justa causa, não é permitida a dispensa de empregada em estado gravídico enquanto esta encontrar-se no período de garantia de emprego, qual seja, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Em consonância com os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins, ainda que a criança tenha nascido morta, o simples fato de ter havido gestação e parto já é o suficiente para que a obreira tenha direito à garantia de emprego.<sup>70</sup>

### 3.3 A CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ

Muita divergência existia acerca da questão do significado de “confirmação” a qual se refere o artigo 10, inciso II, alínea b do ADCT. O debate girava em torno necessidade ou não da ciência da gravidez da empregada por parte do empregador para aquisição do direito. Duas teorias emergiram desta discussão: a teoria da responsabilidade objetiva do empregador e teoria da responsabilidade subjetiva do empregador.<sup>71</sup>

De acordo com a teoria subjetiva, seria necessária a ciência do empregador acerca do estado gravídico da empregada para que ela adquira a garantia de emprego. Já os adeptos da teoria objetiva consideram desnecessária a ciência do empregador acerca da gravidez da empregada, sendo suficiente para a aquisição do direito que ela confirme para si própria.

---

<sup>69</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1943. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>70</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 647.

<sup>71</sup> BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 27, p. 167-177, 2005. p. 168. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A\\_Estabilidade\\_da\\_Empregada\\_Gestante.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A_Estabilidade_da_Empregada_Gestante.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2017.



A referida divergência encontra-se, hoje, pacificada, tendo prevalecido a teoria objetiva. Esta teoria foi adotada pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, como é possível extrair da leitura do item I, da Súmula nº 244: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, ‘b’ do ADCT).”<sup>72</sup>

Além do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, também adotou esta tese o Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme aponta Kátia Liriam Pasquini Bariani, tal como se depreende do acórdão lavrado pelo Ministro Celso de Mello, nos termos da ementa que segue:

EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, “b”). PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva.<sup>73</sup>

Desta forma, tem-se o entendimento de que, mesmo não detendo o empregador conhecimento do estado gravídico da empregada quando de sua dispensa, a mesma ainda terá direito à garantia de emprego, devendo, por sua vez, comprovar, por qualquer meio legítimo, que à época da dispensa já restava confirmada sua gravidez.

Vale ressaltar que nos casos em que a obreira encontra-se grávida e é dispensada sem justa causa, somente vindo a ter conhecimento de seu estado no curso do aviso prévio, seja ele trabalhado ou indenizado, a garantia de emprego deve ser reconhecida.

<sup>72</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Gestante. Estabilidade provisória. Não paginado. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 448572/SP**. Agravante: Dinorah Molon Wenceslau Batista. Agravado: Air Liquide do Brasil S/A. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 27 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=55&dataPublicacaoDj=22/03/2004&incidente=2120817&codCapitulo=6&numMateria=34&codMateria=3>> *apud* BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 27, p. 167-177, 2005. p. 169. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A\\_Estabilidade\\_da\\_Empregada\\_Gestante.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A_Estabilidade_da_Empregada_Gestante.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2017.

Ainda no tocante ao período do aviso prévio, entende atualmente o Tribunal Superior do Trabalho que, mesmo nas situações em que a concepção venha a ocorrer durante o aviso prévio indenizado, tem direito a gestante à estabilidade provisória. Consolidando o entendimento do TST, foi acrescentado, pela Lei 12.812, de 16 de maio de 2013, o artigo 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho<sup>74</sup>, o qual prevê:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.<sup>75</sup>

Saliente-se que o artigo 10, II, b, do ADCT não é preciso no que diz respeito à necessidade de a confirmação da gravidez ocorrer ou não na vigência do contrato de trabalho. Isto veio a gerar uma divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da data do início da estabilidade da gestante. Todavia, a jurisprudência majoritária entende ser a concepção o marco inicial da estabilidade, ainda que a obreira somente tenha tomado ciência de sua gravidez após a dispensa. Assim sendo, seria devido à empregada gestante a reintegração ou indenização substitutiva desde a data da concepção até cinco meses após o parto. Observa-se, portanto, a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do empregador.<sup>76</sup>

### 3.4 A SÚMULA 244 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Versa a Súmula 244 do TST acerca da garantia de emprego da empregada gestante:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

<sup>74</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 560.

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei nº 12.812, de 16 de maio de 2013**. Acrescenta o art. 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a estabilidade provisória da gestante, prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2013. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112812.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112812.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>76</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1131.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.<sup>77</sup>

Tal como explanado alhures, em consonância com o entendimento consubstanciado no item I da Súmula 244 do TST, “[...] o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade gestacional.”<sup>78</sup>

O item II, por sua vez, dispõe que a reintegração ao emprego a qual faria jus a gestante somente é autorizada se ocorrer ao longo do período em que perdurar a estabilidade. Caso transcorra este período sem que a empregada requeira reintegração ou que o empregador a realize por conta própria ao tomar conhecimento do estado gravídico da mesma, a garantia do emprego restará restrita aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Leciona Vólia Bonfim<sup>79</sup> que anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a garantia de emprego da gestante encontrava-se prevista em norma autônoma, de natureza privada, e sua infração ocasionava o dever de indenizar. Assim, neste cenário, não possuía a gestante direito à reintegração, mas tão somente à indenização (salários e demais direitos) do período.

Com o advento da Constituição de 1988, passou a gestante a ter direito à reintegração enquanto perdurar sua estabilidade. A exceção reside nos casos em que o julgador entender pela impossibilidade da reintegração, especialmente em função de animosidade entre o empregador e a empregada. Nestas circunstâncias é que será possível, então, a conversão da indenização em indenização substitutiva. Em virtude desta nova aceção foi conferida à Súmula 244, II, do Tribunal Superior do Trabalho.<sup>80</sup>

Com relação à conversão da reintegração em pagamento de indenização substitutiva, cabe mencionar a Súmula nº 396 do TST, que reforça o entendimento acima:

---

<sup>77</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Gestante. Estabilidade provisória. Não paginado. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1131.

<sup>80</sup> Ibid, p. 1133.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - Não há nulidade por julgamento "extra petita" da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ nº 106 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997).<sup>81</sup>

O item III, contudo, após meados de 2012, sofreu uma alteração em sua redação, que culminou no reconhecimento da garantia de emprego por gravidez nas contratações a termo.

Antes da alteração jurisprudencial supra, entendia-se que a extinção do contrato de trabalho, dado o prazo pré-estipulado, não configuraria dispensa arbitrária ou sem justa causa e, desta forma, a admissão por contrato de experiência não garantiria a estabilidade no emprego, uma vez que a ideia de continuidade do pacto laboral não estaria presente desde o início da relação. O Supremo Tribunal Federal, todavia, conforme expõe Barbosa Garcia<sup>82</sup>, adotou entendimento diverso, estipulando que a garantia de emprego deve alcançar a todas as trabalhadoras, independentemente do regime jurídico e da forma de contratação, cabendo destaque ao julgado do STF, 2ª T., Ag.Reg.-RE 634.093/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2011.

Acerca do tema, tem-se o seguinte trecho do julgado:

[...] - As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “ b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção

<sup>81</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 396**. Estabilidade provisória. Pedido de reintegração. Concessão do salário relativo ao período de estabilidade já exaurido. Inexistência de julgamento "extra petita". Não paginado. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-396](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-396)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>82</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 560.

do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina . Precedentes. Convenção OIT nº 103 /1952 . [...].<sup>83</sup>

### 3.5 ADOÇÃO E GUARDA JUDICIAL EM DECORRÊNCIA DE FALECIMENTO DA MÃE

Indaga-se acerca da possibilidade de a estabilidade gravídica ser conferida à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção, nos moldes do novo artigo 392-A da CLT. Ocorre que, em princípio, a resposta para esta indagação é negativa.

Isto porque o artigo 10, inciso II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é patente ao fazer referência à gestante e não à adotante, visto que sua redação menciona a “empregada gestante” e que a garantia de emprego tem início “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Infere-se que tais disposições não se aplicam à adotante posto que a mesma não se enquadra nas circunstâncias do dispositivo, não vivenciando gravidez nem parto.<sup>84</sup>

À mãe-adotiva somente foram estendidos os institutos da licença-maternidade e salário-maternidade, que, conforme já explorado neste trabalho, são institutos distintos e autônomos da garantia de emprego. Neste diapasão, inexistente lei estendendo à empregada adotante a estabilidade gravídica. Contudo, nada impede que a referida garantia de emprego seja conferida à mãe adotante mediante instrumento normativo decorrente de negociação coletiva. Pode a estabilidade gravídica ser conferida à adotante, ainda, através de futura lei ordinária.<sup>85</sup>

Sobre o assunto, Sérgio Pinto Martins discorre: “A adotante não tem tais características, nem precisa de prazo para a recuperação de seu corpo. Logo, não tem garantia de emprego”.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2. Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.098/DF**. Agravante: União. Agravado: Margarete Maria de Lima. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>84</sup> BRASIL. Congresso. Senado. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Art. 10. Não paginado. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988\\_08.09.2016/art\\_10\\_.asp](https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988_08.09.2016/art_10_.asp)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>85</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 561.

<sup>86</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 649.

Depreende-se, a partir do trecho do autor acima destacado, que o mesmo sustenta ter a estabilidade gravídica a finalidade de proporcionar a obreira tempo para recuperar-se do período em que esteve grávida e pariu a criança.

Todavia, o autor parece entrar em contradição consigo mesmo a respeito da finalidade do instituto protetivo da estabilidade gravídica, uma vez que o fundamento lógico do raciocínio acima exibido não se repete quando aplicado ao caso de obtenção de guarda da criança em decorrência do falecimento da genitora. Explica o autor: “Com o falecimento da mãe, a garantia de emprego a quem tiver a guarda é uma questão social e de proteção ao nascituro.”<sup>87</sup>

Haja vista que no caso da adoção o nascituro também encontrar-se-ia desamparado pela figura materna biológica, o fundamento de que a garantia de emprego seria uma questão social e de proteção ao nascituro seria perfeitamente aplicável. Assim, apesar de totalmente coerente o raciocínio de que a finalidade do instituto seria a recuperação da gestante, igualmente consistente o de que visa a proteção ao nascituro.

Diferentemente da lacuna legislativa atinente ao caso da adoção, em 25 de junho de 2014 foi promulgada a Lei Complementar 146<sup>88</sup>, a qual dispôs que o direito à estabilidade gravídica deve ser conferido à quem detiver a guarda do recém-nascido em razão do falecimento da mãe.

Nas palavras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

“Trata-se de importante medida, que busca concretizar a justiça social. Ocorrendo o falecimento da genitora, nada mais adequado do que aplicar a estabilidade provisória da gestante a quem passa a ter a guarda, em benefício não apenas de quem é seu titular, mas da criança, que necessita de cuidados especiais, e mesmo sociedade como um todo, tendo em vista a relevância social da questão”<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> A Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014, estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Informação retirada de: BRASIL. **Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014**. Estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2014. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp146.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>89</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 561.

O autor explica que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança<sup>90</sup>. Por força do artigo 22 da Lei 8.069/1990, a guarda é de titularidade dos pais:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.<sup>91</sup>

Em decorrência disto, no caso de falecimento da mãe, em regra, a guarda passa a ser exercida pelo pai, situação esta que somente pode vir a ser modificada mediante decisão judicial, nos casos em que seja justificável a colocação da criança em família substituta:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.<sup>92</sup>

Desta forma, a estabilidade gravídica será concedida a quem quer que seja o titular da guarda do recém-nascido quando ocorrer o falecimento da mãe.

---

<sup>90</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1990. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1990. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

#### **4 APLICAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE, SALÁRIO-MATERNIDADE E ESTABILIDADE GRAVÍDICA AOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA PRÁTICA DA GRAVIDEZ POR SUBSTITUIÇÃO**

O ordenamento jurídico pátrio, conforme já aventado, não possui legislação referente às técnicas de reprodução assistida, de maneira que, por conseguinte, inexistem também legislações em relação à gestação por substituição. Encontram-se na doutrina entendimentos divergentes acerca do assunto e, diante da lacuna legislativa que envolve o tema, o Direito recorre aos princípios constitucionais, leis infraconstitucionais diversas e, especialmente, a Resoluções do Conselho Federal de Medicina para neles encontrar diretrizes regulamentárias para a prática da gravidez por substituição.

Todavia, ao depararmos com a realidade fática, é possível perceber a gritante insuficiência dos mecanismos regulamentadores mencionados, haja vista que as implicações sociais e legais da utilização da gravidez por substituição atingem alto nível de complexidade, passando por um cenário de múltiplas facetas, indo muito além da mera atribuição da paternidade aos titulares do projeto parental.<sup>93</sup> Tamanha complexidade demanda a existência de legislação específica para dirimir dúvidas e evitar a violação de princípios, como o da dignidade da pessoa humana, por falta de suporte legal.

Uma das tantas implicações jurídicas da prática em comento, que, em decorrência da falta de legislação, permanece indefinida, diz respeito a como, no caso concreto, os institutos protetivos da licença-maternidade, do salário-maternidade e da estabilidade gravídica poderiam ser aplicados aos sujeitos envolvidos na prática da utilização da gravidez por substituição.

Impende salientar que o escopo do presente trabalho restringe-se à análise de uma configuração circunstancial específica, qual seja, a prática da gestação por substituição envolvendo casais heterossexuais acometidos por problemas de infertilidade e que pretendem recorrer à reprodução assistida para procriar com a utilização de seu próprio material genético, recorrendo à mãe substituta.

---

<sup>93</sup> ANDRADE, Bruna Martins. **Gestação por substituição**: reflexão a luz do direito brasileiro. 2016. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4zCnLM3vWBmaXpjS0V1SIA2R2c/view>>. Acesso em: 04 nov. 2017.



Desta forma, ainda que sejam utilizados exemplos relativos a casos diversos, tal uso será realizado com o intuito de melhor explorar a questão acima aventada, ampliando o debate em questão.

#### 4.1 A UTILIZAÇÃO DE ANALOGIAS PARA SUPRIR AS LACUNAS LEGISLATIVAS NO CASO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Constata-se a existência de lacuna jurídica quando o aplicador do direito, ao exercer a sua atividade, não encontra, no corpo das leis, um preceito que solucione o caso concreto.

A ausência de legislação específica submete a apreciação de cada caso ao arbítrio de um determinado juiz, que irá decidir de acordo com as regras de integração do direito e seu próprio juízo de valor, pautado em princípios morais e éticos. Este fenômeno impede uma uniformidade de decisões versando sobre um mesmo caso, culminando em um cenário de insegurança jurídica e social.

Como se sabe, a gestante faz jus à licença-maternidade, salário-maternidade e à garantia de emprego. Estes institutos, ao longo dos anos, foram sendo aprimorados e sua aplicação passou a estender-se a variados casos à proporção que o Direito foi se adequando às novas configurações familiares contempladas pela sociedade.

Contudo, o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário não acompanharam as rápidas evoluções biotecnológicas, principalmente aquelas atreladas às técnicas de reprodução assistida, mais especificamente a gravidez por substituição. Diante deste problema, hoje não há uma definição de que forma a licença-maternidade, o salário-maternidade e a garantia de emprego em decorrência da gravidez devem ser conferidos aos sujeitos praticantes desta técnica, quais sejam, a mãe genética e a mãe substituta.

Logo, restou ao Poder Judiciário o encargo de promover respostas à ampla lacuna jurídica de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, aplicados caso a caso, conforme autoriza a lei de introdução ao Código Civil: “Art. 4º - Quando a lei for

omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”<sup>94</sup>

A analogia, um dos meios supletivos de lacunas, consistente na aplicação de uma norma prevista para uma situação distinta, porém símile, a um caso que não seja contemplado por norma jurídica.<sup>95</sup>

Segundo Maria Helena Diniz<sup>96</sup>, a interpretação extensiva por analogia envolve duas fases: a constatação e um juízo de valor das lacunas, levando à decisão do magistrado, que atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. É, pois, um processo revelador de normas implícitas, com fundamento na igualdade jurídica, em “razões relevantes de similitude” e na teleologia. Se o caso sub judice não estiver previsto em norma jurídica e, concomitantemente, houver uma semelhança com outro previsto, sendo o elemento de identidade entre eles fundamental, se justifica a aplicação da analogia. Esta pode ser desmembrada em analogia legis (aplicação de uma norma existente) e a analogia juris (conjunto de normas, do qual se extrai elementos de aplicabilidade no caso concreto não contemplado e similar).

Isto posto, observa-se que, para a questão ora aventada, além dos entendimentos doutrinários – os quais revelam-se escassos –, utiliza-se também o meio supletivo da analogia a fim de obter soluções para os casos concretos.

#### 4.2 APLICAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE E DO SALÁRIO-MATERNIDADE À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Tratar-se-á neste tópico da aplicação da licença-maternidade e, conseqüentemente, do salário-maternidade, à mãe genética e à mãe substituta.

---

<sup>94</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1942. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

<sup>95</sup> CÔELHO, Alicyonea Caroliny Batista de Sousa. A aplicação do direito e as lacunas da lei. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, Pi, jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40111/a-aplicacao-do-direito-e-as-lacunas-da-lei>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

<sup>96</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 89-173.

Repisa-se que a mãe genética, como previamente exposto, trata-se, no caso em tela, da mãe fornecedora do material genético para a fertilização *in vitro*. Ela é a pretendente à maternidade.

No que tange à mãe genética, a doutrina e a jurisprudência há muito vêm aplicando analogia aos casos de adoção ou guarda para fins de adoção em virtude da similitude fática. A mãe adotante não passa pelo processo de gestação e tampouco pela experiência de parir a criança que tomará como filho, tendo este sido gerado por outra mulher. As mesmas características são observadas no caso da fertilização *in vitro* utilizada na gestação por substituição.

Sobre o tema, discorre Antônio Borges de Figueiredo e Marcela Gallo de Oliveira:

A concessão do salário maternidade para a mãe biológica não impede a concessão de igual benefício em caso de adoção ou guarda para fins de adoção de criança com idade não superior a oito anos (art. 93-A, § 1º, do Decreto nº 3.048/99). Idêntico tratamento jurídico pode ser aplicado, em caso de maternidade por substituição, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel, a favor das duas seguradas, por interpretação extensiva, lógica ou finalista, senão por analogia.<sup>97</sup>

A referida analogia mostra-se hoje bastante coerente e apropriada, uma vez que, além de conter fortes similitudes fáticas, confere a ambas as circunstâncias proteção igualitária, estipulando 120 dias de licença-maternidade. Contudo, somente é assim desde 2002, com o advento da Lei 10.421/2002<sup>98</sup>, que acrescentou à CLT o artigo 392-A e à Lei nº 8.213/91 o artigo 71-A, determinando que também seria devido o salário-maternidade à segurada da Previdência Social que adotasse ou obtivesse guarda judicial para fins de adoção da criança.<sup>99</sup> Anteriormente ao advento desta lei, a aplicação da analogia em comento seria expressivamente prejudicial à mãe genética, dado que não teria direito ao salário-maternidade.

---

<sup>97</sup> FIGUEIREDO, Antônio Borges de; OLIVEIRA, Marcela Gallo de. **Salário maternidade no RGPS**. São Paulo: LTr, 2007. p. 114.

<sup>98</sup> BRASIL. **Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002**. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2017.

<sup>99</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 339.

Portanto, hoje, conforme leciona Vólia Bomfim Cassar:

Tanto a mãe biológica que entregou seu filho para a mãe adotiva quanto esta tem direito à licença-maternidade e ao consequente benefício previdenciário. Se mais de uma criança foi adotada no mesmo momento, a empregada só terá direito a uma licença e a um benefício. Entrementes, se tiver mais de um emprego, gozará do descanso em ambos os empregos, assim como receberá o salário-maternidade pelos dois.<sup>100</sup>

Para Bachur e Manso<sup>101</sup>, tendo por base Martinez, a mãe hospedeira e a mãe genética devem receber o salário-maternidade e a licença à maternidade de 120 dias, ainda que a legislação previdenciária e a trabalhista sejam omissa quanto à maternidade substitutiva. Deve-se observar o caso de adoção, em que tanto a mãe que adota, como a que coloca o filho para adoção podem fazer jus aos benefícios: Neste sentido, manifesta-se também Martinez: “A segurada que acolhe em seu útero o embrião de algum casal e o gesta, durante a gravidez, tem direito ao salário-maternidade, ainda que não seja a mãe da criança”.<sup>102</sup>

No que diz respeito ao assunto, Sérgio Pinto Martins faz menção expressa ao caso da gravidez por substituição, posicionando-se contrário à concessão do salário-maternidade à mãe pretendente à maternidade:

A avó, que cede o útero para gerar a criança, mediante inseminação do óvulo de sua nora, tem direito ao salário-maternidade, pois houve gestação e precisa se recuperar. A mãe biológica não deveria ter direito ao benefício, por falta de previsão legal e porque seriam concedidos dois benefícios com um único fato gerador a violar a regra da contrapartida.<sup>103</sup>

Notadamente, o autor faz uso do termo “mãe biológica” com sentido oposto ao utilizado neste trabalho, querendo dizer, na verdade, “mãe genética”. Trata-se de divergência doutrinária acerca do termo “biológica” que não cabe trazer à lume para os fins aqui visados, contudo, vale explicar que, numa gestação natural, a mãe genética e a mãe biológica coincidem na mesma pessoa, uma vez que o material genético do nascituro pertence à mesma mulher que lhe trouxe à luz. Entretanto, no caso da gestação por substituição, as figuras se desassociam.

---

<sup>100</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 950.

<sup>101</sup> BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença-maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. Franca, SP: Lemos e Cruz, 2011. p. 167.

<sup>102</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Previdência Social para Principiantes**. São Paulo: LTr, 2007, p. 61.

<sup>103</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 539.

Sérgio Martins Pinto defende, ainda: “A segurada mãe substituta que teve a criança faz jus ao benefício, pois houve gestação nos nove meses e parto. Embora o filho não seja seu, pois o espermatozoide e o óvulo são de outras pessoas, faz jus ao benefício.”<sup>104</sup>

Percebe-se aqui a existência de implícita divergência doutrinária. Levando-se em consideração a analogia da adoção aplicada à gestação por substituição no entendimento de Vólia Bomfim Cassar (o qual reflete determinação legal vigente), a ambas as mães, genética e substituta, seria aplicável a concessão do benefício previdenciário<sup>105</sup>. No mesmo sentido entendem Bachur e Manso<sup>106</sup>, Martinez<sup>107</sup> e Figueiredo e Oliveira<sup>108</sup>. Sérgio Pinto Martins, por sua vez, discordaria de tal entendimento, fundamentando-se no argumento de que a mãe genética não faria jus ao benefício previdenciário, posto que não há previsão legal para tanto e não seria admissível conceder dois benefícios com base em um mesmo fato gerador, sob risco de estar ocorrendo a violação da regra da contrapartida. Sustenta o autor que apenas teria direito ao benefício a mãe substituta, devido ao fato de ter ocorrido gestação e parto<sup>109</sup>.

Para fins elucidativos, a regra da contrapartida invocada por Sérgio Pinto Martins é o responsável pelo equilíbrio entre receitas e despesas dentro do sistema de seguridade social, encontrando seu fundamento legal no artigo 195, parágrafo 5º da Carta Constitucional de 1988, que estabelece: “§5.º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”<sup>110</sup>.

A mesma regra institui que, se porventura, for criada uma fonte de custeio, o benefício deverá necessariamente ser implantado. Desta sorte, a criação de um benefício está condicionada à existência da correspondente fonte, que concorra para o custeio total. Em outras palavras, toda despesa criada deve corresponder uma receita respectiva para fazer face

---

<sup>104</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 539.

<sup>105</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 950.

<sup>106</sup> BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença-maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. Franca, SP: Lemos e Cruz, 2011. p. 167.

<sup>107</sup> <sup>107</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Previdência Social para Principiantes**. São Paulo: LTr, 2007, p. 61.

<sup>108</sup> OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual prático da previdência social**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>109</sup> MARTINS, p. 539.

<sup>110</sup> BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 out. 2017.

ao gasto. Com isso, quer o constituinte proteger o equilíbrio financeiro de proteção social, com o qual poderá cumprir as finalidades da Seguridade Social.<sup>111</sup>

A jurisprudência, por seu turno tem se mostrado significativamente acolhedora com relação a temas relacionados à gravidez por substituição, conforme reflete trecho de um v. acórdão do C. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, onde a primeira turma manteve a r. sentença que concedeu 180 dias de licença maternidade à parte autora que tinha se submetido à fertilização *in vitro* e gestação em “barriga de aluguel”, sob o fundamento de que tratava-se de filiação biológica, o que é diferente da situação de filiação por adoção, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300)

APTE: RENATA DE MESQUITA VALADARES

ADV/PROC: ISABELA GUEDES FERREIRA LIMA E OUTROS

APTE: UFPE - UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

REPTE: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

APDO: OS MESMOS

ORIGEM: 12ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO – PE

RELATOR: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Primeira Turma

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO ‘IN VITRO’ EM ‘BARRIGA DE ALUGUEL’. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA.

1. Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização ‘in vitro’ e gestação em ‘barriga de aluguel’, em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais.

2. Devem ser computados aos prazos previstos nos artigos 207 e 210, da Constituição Federal, os prazos estabelecidos nos Decretos nºs. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante.

3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi ‘in vitro’ ou com ‘barriga de aluguel’. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos.

4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais.

---

<sup>111</sup> OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual prático da previdência social**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

5. 'O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige' (REsp 898.005/RN, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 528).

6. Apelação a que se nega provimento.

VOTO

[...]

No entender deste Juízo, deve-se dispensar à autora o mesmo tratamento legal conferido à mãe gestante.

No tipo de concepção apresentado, fertilização in vitro para o desenvolvimento do feto no útero de outra mulher, a mãe biológica, embora não sofra com os procedimentos da gestação e do parto, é submetida a diversos outros procedimentos a fim de propiciar referida fertilização, além de acompanhar diuturnamente seu filho sendo gestado em útero alheio, o que significa, necessariamente, consequências psicológicas típicas de uma mãe gestante [...] <sup>112</sup>

Recentemente, foram veiculadas na imprensa notícias relativas à concessão da licença-maternidade a homens que recorreram à barriga solidária para a reprodução. Um dos casos, julgado este ano, diz respeito a um médico servidor público do município de Porto Velho, no estado de Rondônia, solteiro, que obteve judicialmente o direito de gozar licença paternidade nos moldes de licença maternidade, de 180 dias, para cuidar do filho recém-nascido. Aduziu o médico que, para concretizar o sonho de ser pai, utilizou o procedimento da barriga solidária. O magistrado julgou o caso com base no direito constitucional da criança de receber os devidos cuidados de quem exerceria a função tradicionalmente conferida à mulher. <sup>113</sup>

Depreende-se que, para se chegar a uma conclusão mais acertada acerca da aplicação da licença-maternidade e do salário-maternidade aos sujeitos envolvidos na prática da cessão de útero, é necessário analisar, antes de tudo, a finalidade de tais institutos.

A licença-maternidade tem por finalidade, principalmente, o acompanhamento dos primeiros meses de vida do recém-nascido de forma a proporcioná-lo toda atenção e cuidado durante os primeiros meses de vida, período ao longo do qual é muito dependente do

<sup>112</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). **Apelação Cível nº 534999-PE (0004161-23.2011.4.05.8300)**. Apelante: Renata de Mesquita Valadares e Universidade Federal de Pernambuco. Apelada: os mesmos. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Recife, 30 de agosto de 2012. p. 3. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

<sup>113</sup> MÉDICO consegue na Justiça direito a licença de 180 dias para cuidar do filho gerado em barriga solidária. **Síntese**, São Paulo, jun. 2017. Disponível em: <[http://www.sintese.com/noticia\\_integra\\_new.asp?id=415770](http://www.sintese.com/noticia_integra_new.asp?id=415770)>. Acesso em: 04 nov. 2017.

aleitamento materno para que se desenvolva de forma saudável. Intimamente atrelado a este objetivo, pretende viabilizar a adaptação da mulher à nova vida, incentivando a criação de laços afetivos entre a criança e sua mãe (ou quem tiver sua guarda). Um dos objetivos da licença-maternidade é também proporcionar esse período para preservar o aleitamento materno, ainda que mãe alimente o bebê com leite de outra procedência.<sup>114</sup>

Ainda, impende destacar que as normas de proteção à maternidade se justificam por estarem relacionadas a aspectos intrínsecos de distinção biológica, qual seja a procriação pela mulher. Portanto, a proteção em tela tem por finalidade a proteção biológica e social da mãe e do seu filho.<sup>115</sup>

É nítido que a doutrina e a jurisprudência majoritárias interpretam a proteção ao nascituro como princípio predominante no caso em questão. Isto se reflete nas decisões recentemente sendo proferidas de forma a ampliar o alcance do benefício previdenciário.

Contudo, não se pode ignorar que estes institutos protetivos também são voltados para a proteção da mulher inserida no mercado de trabalho, a qual, por motivos biológicos, necessita de repouso, a fim de se recuperar do desgaste físico e mental provocados pela gravidez e parto.<sup>116</sup> Este outro viés finalístico dos institutos protetivos em comento, dirigido à recuperação da parturiente, resta evidenciado, inclusive, pela disposição legal do artigo 392-B, CLT, o qual dispõe:

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.<sup>117</sup>

Portanto, não importa o nascimento com ou sem vida (natimorto) para que o benefício previdenciário seja concedido. Neste sentido, percebe-se que mesmo diante da ausência da

---

<sup>114</sup> SILVA, Thiago Moura da. A evolução dos direitos das mulheres nas relações de trabalho. **Revista Fórum Trabalhista**, Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 153-193, maio/jun. 2013. p. 181.

<sup>115</sup> CASTRO, Maria do Perpétuo. A concretização da proteção da maternidade no direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 8, p. 945-967, ago. 2005. p. 946.

<sup>116</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 449.

<sup>117</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1943. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2017.



figura do filho recém-nascido, fará jus a parturiente à licença-maternidade. Depreende-se do dispositivo transcrito que houve uma intenção do legislador de conferir respaldo à mulher que acabou de passar pela experiência de gestar e parir, encontrando-se física e psicologicamente fragilizada. Este entendimento consubstancia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>118</sup>, além dos direitos sociais da proteção à maternidade e à infância, com previsão no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Conclui-se, frente ao exposto, que a licença-maternidade e, conseqüentemente, o salário-maternidade, possuem dupla finalidade: a uma, fornecer à segurada da Previdência Social o amparo financeiro para que esta possa restabelecer a sua saúde e, a duas, propiciar à segurada tempo para dedicar-se ao filho recém-nascido -no caso da gestante- ou adotado -no caso da adotante.

Apesar de a gravidez por substituição ser situação peculiar, haja vista toda a complexidade biomédica envolvida, a circunstância em muito se assemelha, para fins de análise da aplicação dos institutos protetivos discutidos, à situação da adoção de filho recém-nascido. Há, em ambos os casos, um sujeito que carregará o filho no ventre ao longo da gestação e experimentará o parto, e um segundo sujeito, que tomará para si os cuidados da criança desde seus primeiros momentos de vida. A concessão dos institutos protetivos a ambos encontraria alicerce na distribuição de cada uma das finalidades a quem lhe coubesse concretizá-las.

Diante do cenário narrado, a inclinação doutrinária e jurisprudencial à concessão da licença-maternidade e salário-maternidade a ambas as mães aparenta ser a solução que mais se adequa aos princípios constitucionais, direitos sociais e à dupla finalidade destes institutos protetivos.

#### 4.3 APLICAÇÃO DA ESTABILIDADE GRAVÍDICA À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

---

<sup>118</sup> Dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.” Informação retirada de: BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 out. 2017.

Tal como ocorre com a questão da aplicação da licença-maternidade e do salário-maternidade, o entendimento de como deve-se operar a garantia de emprego decorrente de gravidez nos casos de gestação por substituição insere-se em um sítio de penumbra legislativa e, não bastasse, também judiciária e doutrinária. Mais uma vez recorre-se ao uso de analogias, costumes e princípios gerais do direito a fim de obter alguma solução.

Para melhor definir a questão, faz-se indispensável a análise da finalidade deste direito trabalhista.

Conforme elucida Braiani:

Por outro lado, está comprovado que as situações vivenciadas pela gestante provocam interferências no nascituro, motivo pelo qual, quanto mais tranquila a gestação, melhor para a criança. A saúde (física e mental) do futuro bebê está diretamente ligada à situação vivenciada pela mãe durante toda a gravidez. Assim, a estabilidade conferida à empregada gestante tem por objetivo proteger a maternidade, assegurando o bem-estar da futura mãe e, por consequência, do nascituro e do infante.<sup>119</sup>

Desta feita, tem-se que o objetivo da estabilidade gravídica consiste em prover à mãe e ao nascituro bem-estar, de forma a garantir sua fonte de subsistência, consubstanciando o direito fundamental da proteção à maternidade. Esta garantia se dá através do impedimento da dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante a partir da confirmação da gravidez até 05 meses após o parto, de forma que a empregada em questão perceberá normalmente sua remuneração ao longo deste período.

Há consenso doutrinário que o bem-estar e a subsistência do nascituro são a mira principal do instituto protetivo em questão.

Todavia, há parte da doutrina que defende ser também objetivo da estabilidade conferida em função da gravidez o bem-estar e recuperação da mãe parturiente.

---

<sup>119</sup> BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 27, p. 167-177, 2005. p. 168. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A\\_Estabilidade\\_da\\_Empregada\\_Gestante.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A_Estabilidade_da_Empregada_Gestante.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Esta interpretação pode ser exemplificada através do debate existente acerca do caso de nascimento sem vida ou morte pós-parto da criança. Conforme indicado por Vólia Bomfim Cassar, a doutrina e a jurisprudência dividem-se:

A primeira corrente entende que houve parto, assim entendido como o nascimento com ou sem vida da criança (ou após a 12ª semana completa, conforme a medicina, ou após a 23ª semana de gestação, conforme a previdência), este é o fato gerador da estabilidade, na forma da interpretação literal do dispositivo constitucional. Portanto, teria a mulher a mesma estabilidade que a mãe que acabou de parir seu filho com vida. A segunda corrente, em sentido contrário, equipara o nascimento sem vida ao aborto, mesmo após a 12ª ou 23ª semana, acarretando apenas o direito ao repouso previsto no art. 395 da CLT. Argumentam que em caso de morte de filho (em outra fase da vida) a CLT garante apenas o descanso de dois dias – art. 473, I da CLT, logo o repouso remunerado de duas semanas é mais benéfico que a regra geral. Ademais, a estabilidade de cinco meses após o parto destina-se à criança, à maternidade, o fato não ocorreu.<sup>120</sup>

A autora discorda desta segunda corrente, argumentando que, além da perda sofrida pela mãe, a mesma sofre com a brusca queda hormonal, a qual gera efeitos colaterais psicológicos e físicos.

Percebe-se, portanto, duas correntes divergentes. A primeira enxerga a estabilidade gravídica como um instituto protetivo tanto voltado ao nascituro quanto à mãe, podendo ser concedida independentemente do filho, haja vista que a gestação com parto já seria o suficiente para a mãe fazer jus à garantia, findando por seguir uma interpretação literal do dispositivo legal. Já a segunda corrente entende que a garantia estaria imprescindivelmente atrelada à existência da relação mãe-filho, de forma que o foco seria a proteção ao recém-nascido; ausente este, não haveria fundamento para que a mãe gozasse de estabilidade.

Acerca do tema, a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, ao julgar favoravelmente o recurso de uma trabalhadora contra o entendimento adotado em primeira instância, determinando que a gestante tem direito a estabilidade mesmo que seu bebê nasça sem vida. Para o relator do recurso, desembargador Marcelo Lamago Pertence, o fato de não ter havido parto com vida não retira o direito à estabilidade.

Em seu voto, o relator sustentou que o direito à garantia de emprego surge com a concepção na vigência do contrato de trabalho, sendo a responsabilidade do empregador

---

<sup>120</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1135.

objetiva. O julgador registrou que a licença teria como fato gerador, não apenas o nascimento do filho, mas também a gestação, em razão desta gerar transtornos físicos naturais e até mesmo psíquicos à mulher, de modo que o fato de a criança ter falecido não afasta o direito. A Turma de julgadores deu provimento ao recurso da trabalhadora para garantir a ela o recebimento da indenização substitutiva da garantia de emprego, consistente nos salários e demais direitos correspondentes a todo o período da garantia de emprego, compreendido entre a data da dispensa, até cinco meses após o parto.<sup>121</sup>

Neste sentido, analogicamente interpretando a situação da mãe substituta (mãe hospedeira) no caso da cessão temporária de útero, de acordo com a primeira corrente, esta teria direito à garantia de emprego no emprego decorrente da gravidez. Entretanto, caso adotada a segunda corrente, em função de não ser estabelecida uma relação de maternidade, por não haver um filho para cuidar e prover sustento, não seria cabível a garantia de emprego da mãe substituta.

Evidencia-se uma controvérsia acerca da finalidade da estabilidade gravídica. Contudo, apesar da controvérsia acerca da finalidade protetiva voltada à parturiente (independentemente do filho), há um consenso majoritário no que tange à finalidade protetiva do feto/nascituro. “Majoritário” porque ainda há uma terceira interpretação – superada, pode-se dizer -, de que a estabilidade em questão seria devida exclusivamente em decorrência da gestação com parto. Sérgio Pinto Martins, ao afirmar que a adotante não precisa de prazo para

---

<sup>121</sup> EMENTA: ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. NATIMORTO. 1. O fato gerador do direito à estabilidade provisória da empregada gestante surge com a concepção na vigência do contrato de trabalho, não estando condicionada à comprovação de ciência, nem do empregador, nem da empregada, consoante disposto na Súmula 244, inciso I, do C. TST. Trata-se de conferir eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana, incluído, nesse conceito, o nascituro, objeto de preocupação da norma protetiva em questão. 2. Considerando que a autora já se encontrava grávida antes do encerramento do contrato de trabalho vigente entre as partes, faz jus à garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT da CR/88. 3. Ocorrendo parto antecipado, ainda que ocorra parto de natimorto, comprovado por atestado médico, a empregada faz jus à indenização pela ausência de manutenção do emprego, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, bem como à licença maternidade de 120 dias. 4. "O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia do emprego, Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir" [...] 5. Nos termos do § 5º do artigo 294 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, "Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos cento e vinte dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS". Informação retirada de: BRASIL. Tribunal Regional de Minas Gerais. (3. Região). **Recurso Ordinário nº 02145201200403006-BH (0002145-91.2012.5.03.0004)**. Recorrente: Daniele de Almeida Gonçalves. Recorrido: Ativas Data Center S.A. Relator: Desembargador Marcelo Lamego Pertence. Belo Horizonte, 07 de novembro de 2013. Não paginado. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=1052129&acesso=8e9c485e3f6b81f58fec5bc15c91d061>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

a recuperação de seu corpo e, por isso, não tem garantia de emprego<sup>122</sup>, parece refletir esta terceira corrente interpretativa, ainda que este não seja de fato seu posicionamento acerca da questão. Este posicionamento do autor se manifesta quando o mesmo aborda especificamente o caso da gestação por substituição, senão vejamos: “A mãe de aluguel terá garantia de emprego, porque houve gestação. A fornecedora do óvulo não terá garantia de emprego, porque não teve gestação. Há direito a garantia de emprego integral.”<sup>123</sup>

Diante da indefinição finalística, a questão da estabilidade aplicada ao caso da gestação por substituição acaba sendo de difícil resolução por meio da interpretação extensiva por analogia, uma vez que carece de um norte comparativo que contemple com plenitude o caso concreto.

Caso aplicada uma analogia à adoção, tal como feito em relação à licença-maternidade e ao salário-maternidade, a mãe genética, a quem caberiam os cuidados do filho, não teria direito à estabilidade no emprego, posto que a lei não garante este direito à mãe adotante.<sup>124</sup>

A jurisprudência atual, contudo, vem revelando-se expressivamente mais abrangente, entendendo ser devida a garantia de emprego à mãe adotante.

Em decisão recente, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a trabalhadora que iniciar um processo de adoção de recém-nascido tem direito à garantia de emprego e, conseqüentemente, à licença-maternidade, *in verbis*:

I- AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERMO INICIAL DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA MÃE ADOTANTE. DIREITO SOCIAL À FRUIÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE INDEVIDAMENTE OBSTADO. Provável violação do artigo 392-A, § 1º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. TERMO INICIAL DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA MÃE ADOTANTE. DIREITO SOCIAL À FRUIÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE INDEVIDAMENTE OBSTADO. 1. O art. 7º, XVIII, do texto constitucional concede licença de cento e vinte dias à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário. Para possibilitar o exercício do direito e proteger, antes e depois, a maternidade, o art. 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal de 1988 veda a despedida arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 2. A Constituição utiliza o termo "gestante", mas a licença de cento e vinte dias abrange, nos termos da parte final do art. 7º, caput, da Constituição, o direito social destinado à melhoria das

<sup>122</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 649.

<sup>123</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 646.

<sup>124</sup> BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1135.

condições de trabalho das mães adotantes, previsto no art. 392-A, da CLT, daí que a utilização da expressão licença maternidade abrange a licença gestante e a licença adotante. 3. A licença adotante é um direito social, porque tem por fim assegurar a proteção à maternidade (art. 6º, da CF), visando a utilização de um tempo à estruturação familiar que permita a dedicação exclusiva aos interesses necessários ao desenvolvimento saudável da criança. Para a mãe adotante poder alcançar a licença-maternidade sem o risco de ser despedida, é preciso que ela também seja beneficiada pela estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal de 1988. 4. A trabalhadora, mãe adotante, ajuizou o processo de adoção em 5/6/2008, mesma data em que recebeu a criança (nascida em 28/5/2008) sob seus cuidados, por autorização da mãe biológica e da Vara da Infância e Juventude. 5. Não tendo ocorrido disputa sobre a guarda, a carecer de decisão judicial que a definisse, tem-se que a estabilidade da trabalhadora, mãe adotante, restou assegurada a partir do momento em que expressou judicialmente o interesse em adotar a criança oferecida, daí computando-se o período de estabilidade, em que compreendida a licença adotante. Ou seja, tem direito ao gozo de licença adotante, com a estabilidade necessária ao exercício do direito até cinco meses após o recebimento da criança a ser adotada. O entendimento de que a autora só se tornaria estável após a conclusão do processo de adoção simplesmente inviabilizaria, como inviabilizou, o exercício do direito à fruição da licença adotante no curso do contrato, contrariando os objetivos do art. 392-A, § 4º, da CLT. 6. Assim como as estabilidades do dirigente sindical e do cipeiro têm início a partir do registro da candidatura e não da eleição, a da mãe adotante tem início a partir do requerimento de adoção e não da sentença transitada em julgado, ainda mais quando há registro de autorização da mãe biológica e da Vara da Infância e Juventude para o recebimento da criança, pela adotante, no mesmo dia em que ajuizada a ação (5/6/2008) e não depois da concretização da guarda provisória (12/6/2008). 7. A estabilidade da mãe adotante tem, evidentemente, marcos inicial e final distintos da mãe gestante. Enquanto a desta tem início a partir da confirmação da gravidez e se estende até cinco meses após o parto, a daquela se situa no período de cinco meses após a concretização do interesse na adoção, em que inserido o período de licença adotante, de cento e vinte dias. 8. Dessa forma, não merece prosperar a empresa dispensa da empregada sem justa causa ocorrida em 11/6/2008, mais precisamente durante o período que corresponderia aos direitos à estabilidade e à fruição da licença adotante, ou seja, exatamente um dia antes da assinatura, em juízo, do termo de guarda e responsabilidade provisória do menor (que já se encontrava com a adotante desde 5/6/2008, por autorização judicial), ao fundamento de que não tinha conhecimento do processo de adoção ou da guarda provisória. Aplica-se aqui, em última análise, a mesma solução dada à gestante, pela jurisprudência trabalhista. Assim como a confirmação da gravidez é fato objetivo, a confirmação do interesse em adotar, quer por meio da conclusão do processo de adoção, quer por meio da guarda provisória em meio ao processo de adoção, quer por meio de requerimento judicial, condicionado à concretização da guarda provisória, é também fato objetivo, a ensejar a estabilidade durante o prazo de cinco meses após a guarda provisória e a fruição da licença correspondente, de cento e vinte dias. 9. Verifica-se, portanto, que a empresa obsteu o gozo da licença-adotante, assegurado à empregada a partir do momento em que expressou interesse em adotar a criança oferecida, ou seja, do ajuizamento do processo de adoção. Recurso de revista conhecido, por violação do artigo 392-A da CLT, e provido.<sup>125</sup>

Para o ministro Alexandre Agra Belmonte, relator do recurso, para que a mãe possa usufruir da licença-adotante sem o risco de ser despedida, faz-se necessário que seja ela

---

<sup>125</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). **Recurso de Revista nº 2006001920085020085**. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, 05 de agosto de 2015. Não paginado. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217634915/recurso-de-revista-rr-2006001920085020085>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

também beneficiada pela garantia de emprego prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.<sup>126</sup>

Sobre o tema, está em trâmite a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 49/2016, que dispõe que o trabalhador que adotar uma criança ou adolescente poderá ter direito à estabilidade provisória já garantida pela Constituição à empregada gestante. A PEC 49/2016 foi apresentada pelo senador Telmário Mota (PDT-RR) e aguarda indicação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).<sup>127</sup>

Neste cenário de ampliação do alcance protetivo do instituto da estabilidade gravídica, uma possibilidade de solução da questão envolvendo a mãe substituta seria o uso da interpretação analógica, conferindo-lhe o mesmo tratamento dado à mãe adotante. Este raciocínio conduz à conclusão de que a mãe substituta teria direito à garantia de emprego no emprego decorrente da gravidez, assim como vem sendo decidido para os casos de adoção.

---

<sup>126</sup> MULHER tem direito à estabilidade provisória ao iniciar processo de adoção. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-12/mulher-direito-estabilidade-provisoria-iniciar-adocao>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

<sup>127</sup> BRASIL. Congresso. Senado. **Estabilidade provisória poderá ser garantida a trabalhador que adotar criança**. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/27/estabilidade-provisoria-podera-ser-garantida-a-trabalhador-que-adotar-crianca>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

## CONCLUSÃO

Por tudo que foi tratado no presente estudo, há algumas breves considerações a serem feitas.

A denominada gestação por substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”, sua modalidade onerosa, consiste na utilização de uma das formas de reprodução assistida existentes, na qual o casal pretendente ao projeto parental procede com a cessão de gametas que virão a ser fecundados *in vitro* e implantados no útero de uma mulher, terceiro sujeito na relação. Esta irá gerar o feto em seu útero e., posteriormente, pari-lo. Após o parto, o nascituro deverá ser entregue aos pais doadores do material genético. O uso desta técnica vem crescendo cada vez mais com o passar dos anos, sendo utilizada por pessoas com obstáculos reprodutivos.

A legislação pátria, contudo, revela-se deveras insuficiente para regular o novo cenário social decorrente da utilização da técnica reprodutiva em comento, sendo observadas diversos casos concretos sem resoluções efetivas. Dentre estes casos, destaca-se, no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, a aplicação dos institutos protetivos da licença-maternidade, salário-maternidade e garantia de emprego da grávida no emprego (estabilidade gravídica) nos casos em que há concepção por meio da cessão temporária de útero. O desafio reside em como distribuir tais institutos aos sujeitos da relação, quais sejam, a mãe substituta, que gerou e pariu o filho, e a mãe genética, que cedeu o material genético e se prestará a cuidar do filho logo após seu nascimento.

A reprodução assistida é admitida no sistema jurídico brasileiro com base em valores e direitos constitucionais, contudo, a Constituição Federal não consagra expressamente a prática da reprodução assistida nem nenhuma outra lei o faz, havendo no Código Civil somente insinuação a ela. Desta forma, recorreu o Direito às Resoluções do Conselho Federal de Medicina que discorrem sobre o tema, sendo as mais recentes as Resoluções 2121/2015 e 2.168/2017. Todavia, as resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina são normas que vinculam exclusivamente os profissionais, a fim de orientar a prática da profissão, não sendo propriamente dispositivos jurídicos.



No que diz respeito à gravidez por substituição, a legislação não é insuficiente, mas sim ausente, de tal modo que a problemática da aplicação dos institutos protetivos trabalhistas e previdenciário ao caso da gravidez por substituição encontra-se completamente desamparada pela legislação pátria.

Restou ao Direito, portanto, valer-se de formas alternativas de suprir esta gravosa lacuna legislativa que acomete a questão a ser resolvida. O mecanismo mais utilizado pela doutrina e pela jurisprudência para conferir a esta questão alguma solução é a analogia, um dos meios supletivos de lacunas, consistente na aplicação de uma norma prevista para uma situação distinta, porém símile, a um caso que não seja contemplado por norma jurídica, sempre com respaldo nos princípios e direitos constitucionais. Em ambos os casos, observa-se o uso da interpretação extensiva analógica comparando a gestação por substituição à adoção.

No que tange à aplicação da licença-maternidade e do salário-maternidade à gravidez por substituição, percebe-se a existência de divergência doutrinária; parte da doutrina entende serem estes institutos devidos somente à mãe substituta, em função da gestação e do parto, os quais seriam os fatos geradores dos mesmos, enquanto outra parte da doutrina, aparentemente majoritária, entende serem os institutos devidos a ambas as mães. A jurisprudência, por sua vez, tem se revelado mais adepta à esta segunda corrente doutrinária, de maneira a se observar maior tendência à concessão da licença-maternidade e consequente pagamento do salário-maternidade tanto à mãe substituta quanto à mãe genética, com respaldo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais de proteção à maternidade e à infância.

Em relação à estabilidade gravídica, há um vácuo não só legislativo, como também judiciário e doutrinário. Para vislumbrar alguma solução, recorre-se à análise finalística da referida garantia. Através do debate existente acerca da concessão da estabilidade gravídica nos casos de nascimento sem vida ou morte pós-parto, é possível auferir que se estabelece tanto na doutrina quanto na jurisprudência divergência acerca da finalidade. Em face a este problema, encontrar uma resposta para a questão, até mesmo via interpretação extensiva por analogia, revela-se uma tarefa difícil e infrutífera. Caso aplicada a analogia da adoção ao caso, segundo a lei, depreender-se-ia que não caberia a estabilidade à mãe genética, a quem caberiam os cuidados do filho, haja vista não haver previsão legal para que esta garantia seja estendida à mãe adotante. Todavia, a jurisprudência vem mitigando este entendimento,

ampliando para a mãe adotante a fruição da garantia de emprego, sob o fundamento de que, para que a mãe possa usufruir da licença-adotante sem o risco de ser dispensada do emprego, far-se-ia necessário que a ela fosse conferida também a estabilidade gravídica. Seguindo este raciocínio e a interpretação analógica, a estabilidade gravídica poderia também ser conferida à mãe genética.

Infere-se, diante de todo o exposto, que o ordenamento jurídico brasileiro é completamente omissivo em relação a uma situação que vem se tornando cada vez mais comum no plano fático.

Tal omissão revela-se gritantemente gravosa, haja vista que incorre em desamparo legislativo a sujeitos envolvidos na concepção de uma criança, no caso em questão, de duas mães. A indefinição de direitos no caso em tela submete estes sujeitos à violação de direitos fundamentais caríssimos à sociedade, quais sejam, o direito da proteção ao nascituro, da proteção à maternidade e, ainda, à ofensa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Demonstra-se, portanto, a urgente necessidade de contemplação legislativa acerca dos direitos envolvidos na relação decorrente da prática da reprodução assistida por gestação substitutiva, a fim de evitar violações de direitos em uma circunstância tão sensível quanto é a maternidade.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Bruna Martins. **Gestação por substituição**: reflexão a luz do direito brasileiro. 2016. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4zCnlM3vWBmaXpjS0V1S1A2R2c/view>>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença-maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. Franca, SP: Lemos e Cruz, 2011. p. 167.
- BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 27, p. 167-177, 2005. p. 168. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A\\_Estabilidade\\_da\\_Empregada\\_Gestante.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18685/A_Estabilidade_da_Empregada_Gestante.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2017.
- BRASIL. Congresso. Senado. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Art. 10. Não paginado. Disponível em: <[https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988\\_08.09.2016/art\\_10\\_.asp](https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988_08.09.2016/art_10_.asp)>. Acesso em: 02 nov. 2017.
- BRASIL. Congresso. Senado. **Estabilidade provisória poderá ser garantida a trabalhador que adotar criança**. Brasília, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/27/estabilidade-provisoria-podera-ser-garantida-a-trabalhador-que-adotar-crianca>>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF: Portal da Legislação, 1988. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1942. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1943. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1966. Não paginado. Disponível

em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

**BRASIL. Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014.** Estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2014. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp146.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

**BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.** Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

**BRASIL. Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974.** Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1974. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

**BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

**BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1990. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

**BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Não paginado. Acesso em: 25 out. 2017.

**BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

**BRASIL. Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.** Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10421.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

**BRASIL. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e

altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017. Não paginado.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.812, de 16 de maio de 2013**. Acrescenta o art. 391-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a estabilidade provisória da gestante, prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Portal da Legislação, 2013. Não paginado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112812.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112812.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento nº 448572/SP**. Agravante: Dinorah Molon Wenceslau Batista. Agravado: Air Liquide do Brasil S/A. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 27 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=55&dataPublicacaoDj=22/03/2004&incidente=2120817&codCapitulo=6&numMateria=34&codMateria=3>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2. Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.098/DF**. Agravante: União. Agravado: Margarete Maria de Lima. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional de Minas Gerais. (3. Região). **Recurso Ordinário nº 02145201200403006-BH (0002145-91.2012.5.03.0004)**. Recorrente: Daniele de Almeida Gonçalves. Recorrido: Ativas Data Center S.A. Relator: Desembargador Marcelo Lamego Pertence. Belo Horizonte, 07 de novembro de 2013. Não paginado. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/redireciona.htm?pIdAcordao=1052129&acesso=8e9c485e3f6b81f58fec5bc15c91d061>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). **Apelação Cível nº 534999-PE (0004161-23.2011.4.05.8300)**. Apelante: Renata de Mesquita Valadares e Universidade Federal de Pernambuco. Apelada: os mesmos. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Recife, 30 de agosto de 2012. p. 3. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por.Substituicao.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Gestante. Estabilidade provisória. Não paginado. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 396**. Estabilidade provisória. Pedido de reintegração. Concessão do salário relativo ao período de estabilidade já exaurido. Inexistência de julgamento "extra petita". Não paginado. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-396](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-396)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). **Recurso de Revista nº 2006001920085020085**. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, 05 de agosto de 2015. Não paginado. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/217634915/recurso-de-revista-rr-2006001920085020085>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BUENO, Jose Geraldo Romanello; DELPUPO, Michely Vargas. Os novos paradigmas da reprodução assistida: a problemática da filiação na cessão temporária de útero. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z1gb219p/V7kaL65hIo52A669.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CASTRO, Maria do Perpétuo. A concretização da proteção da maternidade no direito do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 8, p. 945-967, ago. 2005.

CÔELHO, Alicyonea Caroliny Batista de Sousa. A aplicação do direito e as lacunas da lei. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, Pi, jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40111/a-aplicacao-do-direito-e-as-lacunas-da-lei>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013**. Brasília, DF, 2013. Não paginado. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121, de 16 de julho de 2015**. Brasília, DF, 2015. Não paginado. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Brasília, DF, 2017. Não paginado. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

DEONTOLOGIA. In: BORBA, Francisco (Org.). **Dicionário UNESP do português contemporâneo**. São Paulo: UNESP, 2005. p. 390.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIGUEIREDO, Antônio Borges de; OLIVEIRA, Marcela Gallo de. **Salário maternidade no RGPS**. São Paulo: LTr, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: volume 4: tomo II: contratos em espécie**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **CLT comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 332.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Previdência Social para Principiantes**. São Paulo: LTr, 2007.

MEDEIROS, Robson Antão de; LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. Reprodução humana assistida: contrapontos do direito à parentalidade-filiação e à identidade genética. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 24., 2015, Aracajú, SE. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8v11nww1/LHRz783RgcCG6E6j.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

MÉDICO consegue na Justiça direito a licença de 180 dias para cuidar do filho gerado em barriga solidária. **Síntese**, São Paulo, jun. 2017. Disponível em: <[http://www.sintese.com/noticia\\_integra\\_new.asp?id=415770](http://www.sintese.com/noticia_integra_new.asp?id=415770)>. Acesso em: 04 nov. 2017.

MULHER tem direito à estabilidade provisória ao iniciar processo de adoção. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-12/mulher-direito-estabilidade-provisoria-iniciar-adocao>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual prático da previdência social**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OÓCITOS. c2017. Não paginado. Disponível em: <<http://dicionarioportugues.org/pt/oocito>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C103: amparo à maternidade: revista**. Não paginado. Disponível em: <[http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235193/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 20 out. 2017.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social: Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, Guarulhos, SP, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>>. Acesso em: 25 out. 2017.

SILVA, Thiago Moura da. A evolução dos direitos das mulheres nas relações de trabalho. **Revista Fórum Trabalhista**, Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 153-193, maio/jun. 2013.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade: bioética. Rio de Janeiro, **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2017.

TEIXEIRA, Maria Ferreira Maia. Revisão do art. 29, inciso II, da Lei nº 8.213/91. Disponível em: <<https://oab-df.jusbrasil.com.br/noticias/100350064/artigo-revisao-do-art29-inciso-ii-da-lei-n-8213-91>>. Acesso em: 02 nov. 2017.